

revista

Justicia Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Laboral

CONSEJO ASESOR

Jesús Cruz Villalón CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA.
Javier Gárate Castro CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA. **Joaquín García Murcia** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE OVIEDO. **José María Goerlich Peset** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **José Luis Goñi Sein** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA. **Julia López López** CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA. **Lourdes Martín Flórez** URÍA & MENÉNDEZ. ABOGADOS. **José Luis Monereo Pérez** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE GRANADA. **Jesús R. Mercader Uguina** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID. **María del Carmen Ortiz Lallana** CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. **Luis Enrique de la Villa Gil** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. ABOGADO.

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO LABORAL DE URÍA & MENÉNDEZ. ABOGADOS.

SECRETARÍA TÉCNICA

Jesús R. Mercader Uguina

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.

© LEX NOVA 2007

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
INTERNET	www.lexnova.es
ISSN	1576-169X
DEPÓSITO LEGAL	VA. 157-2000

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

EDITORIAL:

- [5] El contenido adicional del derecho de libertad sindical: ¿Un territorio para la divergencia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo?

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [11] El principio de *non bis in idem* y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social

JOSÉ JAVIER ORCARAY REVIRIEGO

- [61] Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA ARENA

- [83] La participación de los trabajadores en el capital social mediante operaciones de asistencia financiera. Especial referencia al artículo 81.2 LSA

PATRICIA NIETO ROJAS

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [101] I. FUENTES DEL DERECHO

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [119] II. TRABAJADOR

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

- [139] III. EMPRESARIO

JESÚS CRUZ VILLALÓN

- [155] IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [165] V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

JESÚS R. MERCADER UGUINA

- [199] VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

- [217] VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [237] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

JAVIER GÁRATE CASTRO

- [243] IX. SEGURIDAD SOCIAL

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

- [253] X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- [271] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [277] XII. EL PROCESO LABORAL

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

- [291] XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[301] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

EL CONTENIDO ADICIONAL DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL: ¿UN TERRITORIO PARA LA DIVERGENCIA ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO?

En numerosas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha venido declarando que determinados derechos (especialmente, el de libertad sindical) integran, junto a los elementos que conforman el núcleo mínimo, indispensable e indisponible del derecho o libertad (como pudiera ser el caso en el artículo 28.1 CE de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos –huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos–), otros derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que pasan a engrosar o a añadirse a aquel núcleo esencial. Es así que determinados derechos se convierten en “derecho fundamental fuente” (GARCÍA TORRES), es decir, se trata de un derecho del que manan una pluralidad de concretas posiciones jurídicas, todas ellas cubiertas con las garantías propias de un derecho fundamental.

De este modo, el derecho fundamental de libertad sindical se integra no sólo por su contenido esencial mínimo indispensable, sino también por esos derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional colectivo, con la consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE. Así lo afirma el Tribunal Constitucional en la STC 9/1988, de 25 de enero, en la que se considera que, junto a los derechos de los sindicatos que forman el contenido esencial de la libertad sindical, existen otras “facultades o derechos adicionales, atribuidos por normas infraconstitucionales, que pasan a integrar el contenido del derecho”, conclusión que reitera la STC 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5, a tenor de la cual “el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho, de forma que los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales sí pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental”. De modo que el legislador dispone, como recordara la STC 173/1992, de 29 de octubre, “de un amplio margen de maniobra que le permite crear medios adicionales de promoción de la actividad sindical pero también configurarlos o limitarlos en el futuro, modificarlos o suprimirlos”. En todo caso, no todo incumplimiento de cualquier precepto referido a aquel contenido adicional integra el núcleo de un determinado derecho, sino únicamente

aquellos “impedimentos u obstaculizaciones que existan y no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos que el autor de la norma legal o reglamentaria ha podido tomar en consideración”, como recordaron las SSTC 51/1988, de 22 de marzo; 30/1992, de 18 de marzo, y 70/2000, de 13 de marzo.

Como ha señalado P. CRUZ VILLALÓN, cabría distinguir dos zonas en la estructura de determinados derechos fundamentales: una, resistente al legislador (la integrada por el contenido esencial), y otra, vinculante sólo para los restantes poderes públicos (contenido adicional) que no podrían, en ningún caso, desconocerla. La posibilidad de acceso de tales derechos de creación legal al recurso de amparo ha sido entendida críticamente, al considerarse que la misma manifiesta “una defectuosa comprensión espacial o topográfica de la garantía del contenido esencial y, por tanto, del sentido de la habilitación del legislador para regular derechos fundamentales”. De esta forma, “la definición de un derecho como fundamental no es sino un modo de determinación del alcance de la jurisdicción de amparo”. Así, se produciría una curiosa paradoja mediante la que “auténticos derechos fundamentales dotados de la garantía expresa del contenido esencial no serían tales por no estar en la sección primera, en tanto que derechos de creación legal, incluso reglamentaria, sí serían derechos fundamentales en cuanto integrados en el contenido adicional de un derecho de la sección primera” (CRUZ VILLALÓN). En suma, como rotundamente ha concluido la doctrina constitucional, dicha posibilidad no deja de ser “enormemente perturbadora para toda pretensión de erigir una teoría mínimamente sólida acerca de la estructura de los derechos fundamentales” (MEDINA GUERRERO).

Esta singular construcción del contenido de los derechos fundamentales ha sido cuestionada, también, desde una distinta perspectiva: la que ofrece el proceso de tutela de los derechos fundamentales. Según el artículo 176 LPL, “el objeto de este proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad”. El precepto es significativo del carácter especial de este proceso y, por lo tanto, de la limitación de su ámbito material. De este modo, sólo pueden enjuiciarse de acuerdo con esta modalidad “lesiones directas” de los derechos fundamentales, es decir, no las “infracciones simples” que deriven de una interpretación errónea o incorrecta de ellas, sino las verdaderas “violaciones”, “agresiones”, “atentados” de tales derechos fundamentales que, o bien afectan a su contenido esencial, o bien, en los supuestos en los que es susceptible de aplicación la doctrina constitucional sobre el contenido adicional del derecho de libertad sindical, se encuentran claramente desprovistas de una mínima cobertura legal. La exigencia de cognición limitada fue pronto conectada con los excesos que la proyección de la citada doctrina constitucional podría producir en el citado proceso (DESDENTADO).

Las recientes SSTS de 14 de julio de 2006 (recursos 5111/2004 y 196/2002), han venido a subrayar los citados desajustes y, por ende, a componer un posible territorio

futuro de divergencia entre las tesis del Tribunal Supremo y del Constitucional. Pese a que, como seguidamente veremos, la doctrina del Tribunal Supremo trata de moverse de forma sutil en un terreno intermedio, lo cierto es que la doctrina sentada es concluyente y supone una neta ruptura con la tradicionalmente defendida por el Tribunal Constitucional.

En la STS de 14 de julio de 2006 (recurso 5111/2004), se debatía el caso del reconocimiento de un delegado sindical de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 LOLS en relación con lo establecido en el artículo 63 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad. La sentencia distingue entre lo que llama el contenido constitucional del derecho y su contenido adicional. A tal efecto, la Sala efectúa dos importantes precisiones.

En primer lugar, señala el citado pronunciamiento que “en realidad, el contenido esencial del derecho fundamental es, como ya se ha señalado, el límite que el artículo 53.1 CE impone al legislador, que debe respetar ese contenido en su regulación del ejercicio de los derechos y libertades. Junto a él hay otro contenido que la doctrina científica concibe desde la perspectiva histórica o temporal de las sucesivas regulaciones posibles en el marco de un sistema político pluralista; el contenido esencial sería así lo que tiene que persistir en el cambio de las regulaciones como elemento que hace reconocible el derecho, mientras que el contenido histórico es el que, dentro del propio derecho constitucional, añade la Ley orgánica. Más allá de este contenido constitucional está el contenido adicional en sentido estricto, que es el que puede añadirse por otras normas infranconstitucionales que quedan fuera del ámbito de regulación de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución”.

Sobre esta distinción continúa el Tribunal Supremo señalando que “rectamente entendida la doctrina constitucional, que desde luego nos vincula en cuanto interpreta los preceptos constitucionales (artículo 5.1 LOPJ), no dice que todo incumplimiento del contenido adicional del derecho suponga una vulneración del artículo 28 CE, sino que determinados incumplimientos de esas facultades adicionales pueden lesionar también la libertad sindical y, por ello, el Tribunal Constitucional aprecia su competencia para conocer de estos incumplimientos en el recurso de amparo. Pero de ello no se sigue que toda denuncia de un incumplimiento de una norma adicional tenga que tener entrada en la modalidad procesal social de tutela de los derechos fundamentales. En primer lugar, porque, como ya se ha visto, no tiene cualquier denuncia de la infracción de este tipo de facultades adicionales relevancia en orden a la protección de la libertad sindical. En segundo lugar, porque no hay equivalencia entre el proceso social de tutela y el recurso de amparo. Este último es el único cauce a través del cual el Tribunal Constitucional puede proteger de forma concreta los derechos fundamentales y, sin duda, por ello ha optado dicho Tribunal por dar cabida en ese recurso a determinadas lesiones que ha considerado relevantes del contenido adicional que exceden de lo que aquí se ha denominado contenido constitucional del derecho. Pero, en el proceso social, la modalidad especial de los artículos 175 a 182 LPL no es la única vía de protección, por lo que se justifica que la Ley haya establecido un ámbito más estricto del objeto de esta modalidad ante los evidentes riesgos de masificación e inoperancia en otro caso. En este sentido es claro que al recurso de amparo llegan normalmente tanto controversias que se han sustanciado por

el proceso de tutela, como otras que lo han sido a través del proceso ordinario o de otras modalidades”.

La segunda precisión se refiere a las consecuencias de su doctrina en orden al cauce procesal aplicable en la protección de las facultades adicionales que las normas infraconstitucionales conceden a los sindicatos. Dice el Tribunal que “esta doctrina no afecta a la tutela sustantiva dispensada, pues todos los pronunciamientos que contempla el artículo 180 LPL (la anulación del acto lesivo, el cese inmediato de la conducta impugnada, con la reposición a la situación anterior y la indemnización de los perjuicios, en su caso) pueden obtenerse también por los cauces procesales alternativos, incluso en el proceso de conflicto colectivo, cuando éste excepcionalmente puede incluir acciones de condena. En el plano procesal tampoco hay consecuencias negativas en materia de legitimación, ni en la aplicación de medidas cautelares que pueden solicitarse mediante la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tampoco en el juego de los indicios del artículo 179.2 LPL, que puede aplicarse en el marco de otros procesos, como muestra el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral. Buena prueba de ello es la forma con que opera la tutela de los derechos fundamentales en el proceso civil, como explica con detalle el punto X de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 249 de dicha Ley. Las únicas consecuencias que pueden apreciarse en materia procesal se refieren al carácter urgente de las actuaciones, a la preferencia de tramitación y a la presencia del Ministerio Fiscal y su reserva a la protección del contenido constitucional del derecho se justifica plenamente por las razones de eficacia a que se ha hecho referencia y por la protección prioritaria que ha de tener ese contenido propiamente constitucional del derecho conforme al artículo 53.2 CE”.

No obstante, la aplicación de la citada doctrina al supuesto debatido conduce a la desestimación del recurso. Entiende la Sala que “la pretensión que se deduce en las presentes actuaciones tiene por objeto la protección del contenido constitucional de libertad sindical, tal como éste se delimita en el artículo 10 LOLS en los términos en que ese contenido ha sido precisado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia. Es cierto que está implicada también la interpretación del artículo 63 del Convenio Colectivo. Pero en realidad este precepto sólo sirve de fundamento a la oposición de la empresa, que alega que la asignación de delegados debe hacerse atendiendo a los límites que se derivan del convenio. Por el contrario la pretensión del actor se funda en el artículo 10 LOLS, pues lo que invoca es que reúne todos los requisitos que, conforme a este precepto, determinan el reconocimiento de un delegado en el centro de Guipúzcoa: ese centro tiene más de 250 trabajadores (hecho probado tercero) y el sindicato ha obtenido en el mismo una representación del 23%. La pretensión deducida no se ampara, por tanto, en el artículo 63 del Convenio, lo que lo situaría fuera del ámbito del contenido del contenido constitucional de la libertad sindical, sino del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que forma parte, como se ha razonado, de ese contenido y que entra en el ámbito propio del proceso de tutela”. Un supuesto similar resuelve la STS 18 de julio de 2006 (recurso 1005/2005).

No ocurre lo mismo con el caso resuelto por la STS de 14 de julio de 2006 (recurso 196/2005), dado que en este pronunciamiento la pretensión no se fundaba en el artículo 10 LOLS, sino en el artículo 63 del Convenio Colectivo, esto es, en el contenido adicional del derecho. La sentencia considera que, por razones de orden procesal, no debe decretarse la nulidad de actuaciones y resuelve el tema de fondo. El Tribunal considera que “lo que se pretende en la demanda es realmente una aplicación acumulada de las dos normas, escogiendo de cada una de ellas lo que más favorable resulta a la parte demandante. Pero de esta forma no se respeta la unidad de cada regulación, y se produce una combinación de elementos dispares a través de la superposición de fragmentos de normas y no de normas completas, de acuerdo con una técnica que en ocasiones se ha denominado como ‘espiguelo’. La aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia. Y en este sentido es claro que el cómputo por empresa del artículo 63 del Convenio no podrá desplazar la aplicación del artículo 10 LOLS cuando se trate del reconocimiento de delegados por centro de trabajo, pues es obvio que el convenio colectivo no puede establecer una regulación más desfavorable para las garantías sindicales que la que contiene la Ley, como podría ocurrir con el cómputo por empresa. Pero cuando se quiera aplicar la regulación más favorable del convenio la reducción del número de la plantilla, habrá que hacerlo respetando la unidad de cómputo que el propio convenio establece para esta mejora y que es la empresa; no el centro de trabajo. Las dos normas pueden aplicarse, pero respetando sus supuestos de hecho”.

Interesante debate el que se cierne sobre nosotros en tiempos no demasiado lejanos. ¿Puede percibirse desde la jurisdicción ordinaria y desde la doctrina constitucional el contenido del derecho de libertad sindical de dos distintas y, en alguna medida, antagónicas formas? Tiempo es, sin duda, para la reflexión sobre el propio ser constitucional de la libertad sindical y sobre los posibles excesos de tutela de la misma. Como ha dicho agudamente RUBIO LLORENTE, es difícil reprochar a un Tribunal Constitucional, que es intérprete supremo de la Constitución, un exceso de sensibilidad respecto a los derechos que consagra, pero, como el maestro del Derecho Constitucional español también se ha ocupado de subrayar, es un hecho innegable que nuestro Alto Tribunal puede haber incurrido en excesos de generosidad e, incluso, haber cometido ciertos pecados de juventud. ¿Es éste uno de ellos? Dejemos que sean nuestros lectores los que den respuesta a tan complejo interrogante.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

El principio de *non bis in idem* y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social

JOSÉ JAVIER ORCARAY REVIRIEGO

Jefe de Sanciones de la Dirección General
de Trabajo, Admón. de la CA de Cantabria
Profesor Asociado de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

Resumen

El principio de *non bis in idem* y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social

El principio non bis in idem genera, a mi juicio, una doble problemática: por un lado, la de determinar el alcance del concepto de “identidad” aplicable a los hechos, sujetos y fundamento jurídico y, por otra parte, la difícil convivencia de las dos vertientes del principio, la sustantiva y la procesal. La trilogía identificadora se nos presenta como una nebulosa cuando se trata de comparar los conceptos en la doble terminología penal y administrativa, de ahí que, lejos de poder admitirse una

solución pacífica, puede generarse un evidente problema de aplicación práctica. Por su parte, y a la luz de la reciente doctrina constitucional, el derecho a la interdicción del doble procesamiento no puede ser más ambiguo, salvo que directamente especulemos con su desaparición. Por último, debe mencionarse la regla de prevalencia de la actuación penal y la aplicación del principio cuando se trata de dos actuaciones administrativas y sus complicaciones de orden práctico.

Abstract

The principle of *non bis in idem* and its reflection in the sanctional process for infractions in the social order

The principle non bis in idem generates, in my opinion, a double problem: on one hand the

one of determining the scope of the concept of “identity” applicable to the facts, subjects

and juridical basis and, on the other hand, the difficult coexistence of the two slopes of the principle, the substantive and the procedural one. The identical trilogy is presented like a nebula when we intend to compare the concepts in the double penal and administrative terminology, so far from being able to admit a pacific solution, an evident problem of practical application can be generated. On the other

hand, and by the light of the recent constitutional doctrine, the right to the interdiction of the double prosecution cannot be more ambiguous, unless directly we speculate with its disappearance. Lastly, it should be mentioned the rule of prevalence of the penal action and the application of the principle when we deal with two administrative actions and their complications of practical order.

Sumario:

1. Admisión del principio. 2. La integración teórica del principio a través de la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento. A) La identidad en los sujetos. a) El sujeto activo del ilícito penal. b) El sujeto de la infracción administrativa. c) La compleja coincidencia subjetiva en los ámbitos administrativo y penal. B) Identidad de hechos. C) Identidad de fundamento. **3. La doble vertiente, material y formal, del non bis in idem en las normas administrativas y del orden social.** A) Interdicción de la doble sanción. B) La concurrencia de procedimientos. C) El resultado de la actuación en vía penal y su incidencia en la actuación administrativa. **4. El difícil equilibrio entre la vertiente material o sustantiva y la vertiente procesal o formal.** A) La STC 177/1999. B) La STC 2/2003. **5. La insostenible justificación de la regla de prevalencia absoluta del enjuiciamiento penal sobre la actuación administrativa. 6. La duplicidad de sanciones en el orden administrativo laboral: algunas cuestiones específicas en este ámbito.** A) El non bis in idem administrativo. B) Infracción que afecta a una pluralidad de trabajadores. C) Concurso de infracciones. D) Hechos infractores cuya comisión se reitera en distintos períodos.

1. ADMISIÓN DEL PRINCIPIO

Siendo única la potestad sancionadora del Estado, su aplicación no se contrae en exclusiva al ámbito de los Tribunales de Justicia, lo que pudiera responder a una estricta aplicación del principio de división de poderes, por el contrario, una buena parte de aquella potestad represora se encuentra en manos de la Administración¹, que la ejerce frente a la comisión de ilícitos que tuvieran la consideración de menores (infracciones administrativas) en relación a los delitos y faltas perseguibles por la jurisdicción penal y que generan un mayor reproche social². La potestad de sancionar atribuida a los órganos administrativos tiene su reconocimiento expreso en la propia Constitución a través del artículo 25 cuando se refiere (apartado 1º) a acciones u omisiones que constituyan infracción administrativa, y

**LA APLICACIÓN
DE LA POTESTAD
SANCIONADORA
DEL ESTADO NO SE
CONTRAEN EXCLUSIVA
AL ÁMBITO
DE LOS TRIBUNALES
DE JUSTICIA**

(1) El orden sancionador laboral surge en paralelo al nacimiento de las primeras normas laborales, de cuya aplicación se asegura otorgando poderes a la Administración para la vigilancia, el control y la sanción de conductas incumplidoras en esta materia, constituyendo así la vertiente sancionadora una parte imprescindible e importante del Derecho del Trabajo. Si concretamos la visión en el ámbito de la seguridad y salud laboral, debemos señalar que las consecuencias de las obligaciones asumidas por los sujetos responsables pueden hacerse efectivas de forma múltiple, como es sabido, tanto por la vía civil, como la penal, la social y/o la administrativa, concurriendo distintas sanciones y modos de resarcimiento con el objetivo último de asegurar la protección de un importante bien jurídico: la vida y la salud de los trabajadores y la preservación de un entorno laboral seguro. En este ámbito concreto de la prevención de riesgos, la Administración (ex artículo 7 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales –LPRL–) tiene atribuidas funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa y la sanción frente a las infracciones; y esto no constituye sino el reflejo del mandato constitucional (artículo 40 CE) a los poderes públicos para que velen por la seguridad e higiene en el trabajo.

(2) En este sentido se manifiesta la casi totalidad de la doctrina, así por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AAVV (Dir. GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario sistemático al texto refundido de la ley de infracciones y sanciones en el orden social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006, pág. 30; o CRUZ VILLALÓN, J., “Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social”, *Justicia Laboral*, núm. extraordinario 2001, pág. 31. En mi opinión, es difícil sustraerse a veces a la creencia de que el entramado sancionador administrativo opera, en general pero quizá con más claridad en materia de ordenamiento laboral, como antesala o vía preventiva o de contención de la actuación penal, lo que ocurre es que ello nos conduciría por unos derroteros inseguros y difíciles de predecir. Lo que sí parece cierto, como señala TOLOSA TRIVIÑO, C., *Prontuario de seguridad y salud laboral en la construcción*, DAPP, Pamplona, 2004, pág. 261, es que la responsabilidad penal sólo resulta exigible en supuestos de incumplimiento de especial intensidad, dado que el denominado “principio de intervención mínima” aconseja que sólo merezca el oportuno reproche penal la conducta que genera un especial rechazo social, dejando el resto al campo del Derecho administrativo. De acuerdo también en que el ordenamiento español ha optado tradicionalmente por una “punición primordialmente administrativa”, como señala PÁRAMO MONTERO, P., “Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración Laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 11/2001, pág. 39. Y la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, RJAP y PAC, señala que “el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención”. Quizá una apropiada distribución práctica de competencias fuera la que atribuyera a la vía administrativa la sanción de los incumplimientos que generan un peligro abstracto para los trabajadores, mientras que la efectiva producción del resultado dañoso podría recalar en el ámbito de la condena penal; en este sentido, PURCALLA BONILLA, M.A., “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal”, *Aranzadi Social*, núm. 22/2006, Tomo I, pág. 1661. Se ha entendido también que la actuación administrativa ha sido planificada para actuar *ex ante* y no en función de la aparición del daño, así, PÉREZ CAPITÁN, L., “La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales”, en AAVV, *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 258. Respecto a la utilización de los tipos penales (artículos 316 y 317 del CP) que contemplan delitos de peligro se ha mostrado deficiente, optándose en la práctica por la intervención penal cuando se produce el resultado de homicidio o lesiones imprudentes; en tal sentido, ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Homicidio y lesiones por imprudencia. Imprudencia profesional. Concurrencia de culpas”, en AAVV, *Siniestralidad laboral*..., ob. cit., págs. 417 y ss. O, en palabras de MOLTO GARCÍA, J.I., “La escasa aplicación, reiteradamente subrayada de la exigencia de responsabilidades penales y la disfuncionalidad que la tutela penal implica respecto del bien jurídico tutelado por el cuadro de responsabilidades administrativas, determina la absoluta centralidad de las sanciones administrativas sobre las penales”, en *La imputación de responsabilidades y el marco jurídico de la prevención de riesgos laborales*, MTAS-INSHT, Madrid, 2006, pág. 202.

(apartado 3º) la Administración civil no podrá imponer sanciones que impliquen privación de libertad³ –pero sí de otro tipo–. La actividad administrativa en este orden estará sujeta, en todo caso –aunque matizadamente como es sabido–, a los principios rectores típicos de la potestad sancionadora del Estado y fundamentalmente a los de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, y, en fin, a los principios comunes y reglas de actuación previstos en el Derecho Penal y extensibles a cualquier orden sancionador.

Ahora bien, de la existencia de unos mismos hechos infractores se podría derivar una dualidad de sanciones, lo que puede suceder siempre que estuvieran en la órbita de diferentes parcelas del ordenamiento jurídico, sometidos a una reforzada tutela y tipificados doblemente como ilícito penal y como infracción administrativa⁴, por responder a un diferente bien jurídico protegido o a una mayor intensidad en la protección⁵. En este caso la actuación represora sería, en principio, doble y correspondería a diferentes órganos: por un lado, a los Tribunales penales y, por otro, a los órganos administrativos, en función de su distinta atribución de competencias. Pero también puede existir una doble tipificación sancionadora aun cuando se trate de proteger el mismo bien jurídico (por equivalencia al mismo fundamento sancionador), dando lugar a una doble intervención procesal –nótese que el supuesto de partida no es el concurso de infracciones, sino el más cercano de concurso de normas que recaen sobre los mismos hechos–. Y es precisamente para evitar que esta doble actuación, cuando se dirija a los mismos sujetos y por el mismo fundamento, dé lugar a la doble sanción por los mismos hechos, por lo que entra en juego el principio de interdicción del *bis in idem* –regla esta que aunque resulte aparentemente sencilla en su aplicación, no deja de generar problemas de diversa índole–. Aunque no se agota con ello la aplicación del principio, pues por la misma razón debe admitirse cuando se trate de la imposición de dos sanciones administrativas y concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, debiendo en este caso la Administración abstenerse de intervenir nuevamente cuando exista ya una sanción anterior. E incluso podría tener cabida ante la existencia de dos resoluciones emitidas por Tribunales del mismo o distinto orden jurisdiccional.

(3) La STC 77/1983, de 3 de octubre, en su FJ 2º, ofrece algunas razones que sustentan el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, tales como la de no recargar en exceso a la Administración de Justicia con ilícitos de menor gravedad, la de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos, o la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.

(4) Lo que puede reflejar una cierta indefinición de la política legislativa y crear consecuentemente márgenes de inseguridad jurídica; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Potestad sancionadora y *non bis in idem*”, *Relaciones Laborales*, 1990, II, pág. 51. Claro, pues resulta obvio que una mejor definición o descripción de los tipos punitivos conlleva siempre un plus de seguridad jurídica en el sujeto destinatario de la norma y, además, ayuda a impedir situaciones de duplicidad sancionadora.

(5) Nótese que en el ámbito tipificador de las infracciones no entra en juego el principio *non bis in idem*, pues no afecta “a la facultad de los poderes normativos de establecer a través de una doble vía –penal y administrativa– la tipificación de una misma conducta”; AAVV (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, Madrid 2001, pág. 134. Efectivamente, el principio de *non bis in idem* no prohíbe la existencia de una pluralidad de tipos normativos que contemplen los mismos hechos infractores, prohíbe la doble sanción pero no la doble tipificación, lo cual sería por otra parte imposible de llevar a la práctica ante la enorme complejidad del ordenamiento sancionador. Pero es evidente que en el momento de confección de las normas es donde primero aparece la posibilidad de vulneración del principio, siendo en ese momento precisamente cuando puede comenzarse a evitar sus consecuencias.

Sin embargo, la dualidad de sanciones no queda completamente desterrada del ordenamiento, pues el *bis in idem* resultará admisible siempre que se dé una configuración distinta o heterogénea de los intereses implicados, que los intereses o bienes jurídicos protegidos sean distintos o se contemplen desde perspectivas jurídicas distintas, es decir, que “no siempre (se) imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes”⁶. Lo que ocurre es que obviamente no es suficiente la existencia de una dualidad de normas para justificar la doble sanción a un sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, “el principio *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador quisiera darle”⁷ y, desde luego, una inadecuada política legislativa conllevaría una superposición sancionadora indeseable e injusta, situación a cuyo bloqueo coadyuvar la regla de interdicción del *bis in idem*⁸. Para que el doble reproche sea constitucionalmente admisible es necesario, además, “que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado”⁹. En otro caso, si el fundamento para la doble sanción fuera idéntico, no se podría argumentar a favor de la aplicación del *bis in idem* aunque existiera una tutela múltiple del ordenamiento jurídico sobre ciertos bienes e intereses¹⁰. Cabe señalar en este punto la posible existencia de un concurso de normas (con sus propios criterios para la solución del conflicto de aplicación: criterio de especialidad, de subsidiariedad y de alternatividad) ante una duplicidad o multiplicidad en la tipificación de hechos cuando subyace el mismo bien jurídico a proteger¹¹; no obstante, aunque así resultara de hecho, no puede utilizarse hoy por hoy como solución alternativa y excluyente a la aplicación del *non bis in idem*.

El principio de *non bis in idem*¹², que no encuentra acogimiento expreso en la Constitución, fue admitido por la jurisprudencia constitucional desde la temprana STC 2/1981, de 30 de enero, mediante una resumida y sencilla articulación a cuyo tenor se trata de evitar que recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento; admite el Tribunal, sin embargo, una excepción a la aplicación del principio en aquellos supuestos en los que existe una relación de supremacía especial de la Administración –relación funcional, de servicio público, concesionarios, etc.– en cuyo caso y solamente en él, quedaría justificado el doble ejer-

(6) STC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3º.

(7) STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2º

(8) En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AAVV (Dir. GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario sistemático al texto refundido...*, ob. cit., pág. 33.

(9) STC 234/1991, FJ 2º.

(10) SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en AAVV (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 77.

(11) Pero en este caso subyace un peligro manifiesto, pues tal como señala NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 519, “el concurso de leyes lleva a la regla del *non bis in idem* por unos derroteros inesperados, lentos y engorrosos”.

(12) Aforismo latino también usado con la denominación *ne bis in idem*, podría traducirse como “no dos veces en lo mismo” o “no dos veces hacia la misma cosa” y su origen podría situarse en la prohibición romana de ejercer nuevas acciones procesales sobre materia ya resuelta.

cicio punitivo tanto por los Tribunales como por la Administración. La interdicción del *bis in idem* no cuenta con una recepción expresa en la Constitución, como se deduce de la lectura de los artículos 14 a 30 del texto que reconocen los derechos y libertades susceptibles de recurso de amparo¹³, no obstante, la mencionada sentencia lo engarza en el artículo 25 CE por entender que va íntimamente unido a las garantías de los principios de legalidad y tipicidad que se recogen en dicho precepto constitucional, conformando una parte del derecho fundamental a la legalidad penal o, en palabras del propio Tribunal, “como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora”¹⁴. Pero la dogmática contenida en la sentencia es tan simple que deja sin explicar el porqué de la conexión íntima con el principio de legalidad, axioma que, aun cuestionado en no pocas ocasiones por la doctrina, luego se ha utilizado en toda la jurisprudencia constitucional desde entonces¹⁵.

Pero aún manteniéndonos en el ámbito del principio de legalidad, la interdicción del *bis in idem* también supone una garantía del principio de proporcionalidad sancionadora¹⁶, en cuanto se trata de evitar con ello que el resultado producido por su inaplicación derive en una agravación de la sanción y una “punición desproporcionada de la conducta ilícita”¹⁷, debiendo mantenerse una adecuación entre la gravedad de la infracción y la de la sanción que no contraría el principio de proporcionalidad ni suponga una reacción excesiva del ordenamiento jurídico¹⁸. De darse la duplicidad de sanciones quedaría violada la garantía del sujeto en cuanto a la previsibilidad de la sanción que corresponda a su conducta, “pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista

(13) Como señala la STC 2/1981, FJ 3º, este principio fue inicialmente recogido en el artículo 9 del Anteproyecto de Constitución (BO de las Cortes de 5 de enero de 1978), que se refería a la “exclusión de la doble sanción por los mismos hechos”, aunque la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados planteó algunos reparos durante la tramitación y finalmente se suprimió del texto.

(14) STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3º. Aunque el Alto Tribunal haya pensado repetidamente en el *non bis in idem* en términos de respeto al principio de seguridad jurídica, como base de aplicación de la interdicción de la doble sanción, es lo cierto que una eventual vulneración de la seguridad jurídica no puede ser objeto de amparo constitucional y, quizá por ello, el Tribunal se decantó por el engarce con el principio de legalidad.

(15) El peligro de la doble sanción, que es lo que en definitiva se trata de evitar con la aplicación de este principio, pudiera estar implícito y más relacionado con el artículo 24.2 CE en cuanto reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías.

(16) Se ha dicho que el fundamento del *non bis in idem* radica en la desproporción y arbitrariedad que implica la imposición de dos sanciones o la sujeción a más de un procedimiento; así, CANO CAMPOS, T., “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156/2001, pág. 202. También que la vertiente material del principio conecta, más que con la legalidad, con la seguridad jurídica y con la proporcionalidad; en este sentido, ALONSO MAS, M.J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pág. 24; ahora bien, opina la autora que pese a su conexión, la prohibición de doble sanción no se identifica con la proporcionalidad..., pág. 26. La conexión del *non bis in idem* con el principio de proporcionalidad viene señalada por DEL REY GUANTER, S., *La potestad sancionadora de la Administración y la Jurisdicción Penal en el orden social*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 123.

(17) STC 177/1999, FJ 3º.

(18) Cfr. STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3º.

legalmente”¹⁹. Por su parte, la interdicción de un doble proceso²⁰ —como doble peligro de condena: penal en el caso común, pero extensible a otros supuestos—, como garantía del *non bis in idem*, ha sido contemplada por el Tribunal Constitucional desde el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que “en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario de amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme”²¹. Puede admitirse, de acuerdo con la doctrina constitucional, que la vertiente material del principio tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, y su vertiente procesal con el de seguridad jurídica²².

**PUEDEN ADMITIRSE
QUE LA VERTIENTE
MATERIAL DEL PRINCIPIO
TIENE CONEXIÓN
CON LOS PRINCIPIOS
DE LEGALIDAD
Y PROPORCIONALIDAD
Y SU VERTIENTE
PROCESAL CON
EL DE SEGURIDAD
JURÍDICA**

El ordenamiento jurídico preconstitucional no siempre fue proclive a la admisión del *non bis in idem*, que comenzó como una construcción del Derecho Procesal y la jurisprudencia penal²³ en cuanto a los efectos positivo y negativo de la cosa juzgada en su aspecto material²⁴, y aun cuando la institución se fue extendiendo en su vertiente sustantiva o material a todo el orden sancionador —no sólo al penal—, no faltan ejemplos suficientes que muestran la independencia y compatibilidad entre la potestad sancionadora administrativa y la judicial, de modo que una misma conducta del sujeto pudiera ser objeto del doble reproche como infracción administrativa y como ilícito penal.

(19) STC 2/2003 (Pleno), de 16 de enero, FJ 3º.

(20) El *double jeopardy* ya contemplado en la V enmienda de la Constitución norteamericana que consagra la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal ante un doble peligro de condena. También se contempla en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (ratificado por España el 27 de abril de 1977), que “nadie puede ser juzgado (procesado) ni sancionado (penado) por un delito (infracción) por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

(21) STC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2º. Por su parte, la STS, Penal, de 27 de enero de 1996, EDJ 1996/227, señala que la prohibición del doble enjuiciamiento, aún no expreso en la CE, se encuentra indudablemente implícito en la idea y la tradición de un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE.

(22) DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 445; sin embargo el propio autor resalta los problemas que surgen de la incardinación del *non bis in idem* en el principio de legalidad, ver págs. 405 y ss.

(23) Sobre el origen y evolución del principio *ne bis in idem*, DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas...*, ob. cit., págs. 33 y ss.

(24) El *non bis in idem* como derivación de la cosa juzgada en DEL REY GUANTER, S., *La potestad sancionadora de la Administración y la Jurisdicción Penal en el orden social*, ob. cit., págs. 79 y 80. Podemos definir el efecto positivo entendido como vinculación de lo que se decida en un proceso a lo resuelto por otro precedente; efecto negativo entendido como prohibición de un segundo proceso entre los mismos sujetos por los mismos hechos. No obstante, la cosa juzgada no serviría de fundamento en el supuesto de concurrencia y duplicidad de procedimientos y sanciones administrativas, al ser una institución propiamente jurisdiccional; tampoco se impediría, por ese motivo, una actuación penal posterior a una intervención administrativa sancionadora; de ahí, entre otras cosas, la dificultad de identificar la cosa juzgada con el *non bis in idem*.

cito penal²⁵. El propio Tribunal Constitucional observó la escasa aplicación de este principio y su insuficiente reflejo en el Derecho positivo cuando señala que “la tendencia de la legislación española, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia”²⁶. No obstante, se han seguido dictando normas que admiten la duplicidad sancionadora desconociendo, al parecer, el *ne bis in idem*²⁷, aunque en la práctica deberán tener escasa aplicación en virtud de la recepción expresa del principio en sede constitucional y de los criterios jurisprudenciales del Alto Tribunal.

Así pues, el *non bis in idem*, aparte de responder a una exigencia de equidad, se configura como un derecho fundamental²⁸ del sujeto frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción a consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado²⁹, y como tal, implícitamente reconocido por la Constitución y tutelado a través de la vía del recurso de amparo constitucional, además de ser uno de los principios rectores o pilares básicos en los que se asienta el ordenamiento jurídico sancionador. La cuestión que subyace no es otra que la de impedir el ejercicio reiterado, simultáneo o sucesivo, del *ius puniendi* del Estado y proscribir el doble castigo a un sujeto por la comisión de unos mismos hechos ilícitos, dado que la potestad sancionadora estatal, en sus diversos órdenes, debe ser única³⁰. De otro modo, se estaría vulnerando el contenido garantista del principio de legalidad ex artículo 25.1 CE, pues si un sujeto pudiera ser objeto de nueva sanción por los mismos hechos y con igual fundamento, aquella garantía de legalidad devendría inútil³¹. En resumen, la admisión del principio de interdicción de la doble sanción —penal y administrativa en nuestro caso— supone, en líneas generales: a) que ante el enjuiciamiento de unos mismos hechos como ilícito penal e infracción administrativa, la Administración debe ceder ante la actuación de los Tribunales, b) si se resuelve sobre la existencia de delito o falta, se impide la posterior actuación administrativa y c) si no se estima la existencia de ilícito penal, la Administración podrá actuar pero sometida a los hechos declarados probados en el orden penal.

(25) Por hacer una sola mención, cabe citar el artículo 155 de la Orden de 9 de marzo de 1971, que aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, a cuyo tenor, “salvo precepto legal en contrario, las responsabilidades que exijan las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la Jurisdicción laboral, por incumplimiento de disposiciones que rijan en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, serán independientes y compatibles con cualesquiera otras de índole civil, penal o administrativa, cuya determinación corresponda a otras jurisdicciones o a otros órganos de la Administración pública”. El citado precepto fue declarado contrario al artículo 25 de la Constitución por STS de 24 de mayo de 1986, Ar. 2396.

(26) STC 2/1981, FJ 4º.

(27) Un repaso por esta panoplia de normas, estatales y autonómicas, en DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas...*, ob. cit., pág. 341.

(28) STC 154/1990, FJ 3º, STC 2/2003, FJ 3º.

(29) Cfr. STC 177/1999, FJ 3º.

(30) La aplicación del *non bis in idem* supone que no pueda sancionarse repetidamente una misma conducta ilícita por entrañar esta duplicación de sanciones “una inadmisble reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado”; STC 107/1989, de 8 de junio, FJ 4º.

(31) STC 177/1999, FJ 3º.

2. LA INTEGRACIÓN TEÓRICA DEL PRINCIPIO A TRAVÉS DE LA TRIPLE IDENTIDAD DE SUJETOS, HECHOS Y FUNDAMENTO

Como remedio o reproducción en el ámbito sustantivo de la exigencia del *eadem personae*, *eadem res* y *eadem causa petendi* de la institución procesal de la cosa juzgada, la aplicación del *ne bis in idem* requiere la existencia de triple identidad entre sujetos, hechos y fundamento³², de modo que será la conjunción de estos tres elementos la que determine y sirva de fundamento a la interdicción del doble procedimiento y de la eventual doble sanción, pues faltando alguno de ellos no cabe la invocación o la apreciación del principio en términos de defensa³³. En materia de seguridad y salud laboral la doble tutela penal y administrativa sobre el mismo bien jurídico protegido se aprecia en toda su extensión, pues tratándose de delitos de peligro en el orden penal y de infracciones administrativas que no requieren la producción de un resultado lesivo, no será fácil la doble sanción más allá de los supuestos de apreciación de dolo o identidad de los sujetos. Por otra parte, es doctrina del Tribunal Constitucional que “la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 CE”³⁴, lo que significa, a juicio del Tribunal y creo que de forma adecuada, que puede ser materia de análisis en vía de amparo constitucional, tanto si no se efectuó por los órganos judiciales ordinarios, como para revisar la declaración efectuada por éstos³⁵.

A) La identidad en los sujetos

Establecer la identidad de los sujetos posibles infractores (inculpadados), como exige el principio cuando se trata de la comisión de hechos que constituyen al tiempo ilícitos penales y además infracciones administrativas, es una cuestión que no está exenta de dificultades, dado el diferente criterio de imputación subjetiva que rige en los diferentes órdenes penal y administrativo. En principio, de lo que se trata es de determinar, a la hora de resolver el procedimiento, si existe coincidencia (podría entenderse aquí como total identidad³⁶) entre el sujeto que ya ha sido u ocasionalmente será sancionado y el que está incurso en un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos y fundamento; pero del mismo modo habrá de efectuarse necesariamente un juicio previo sobre este extremo cuando se pretenda iniciar o suspender un procedimiento administrativo en curso mientras se desarrolla la eventual acción penal y hasta su conclusión, a fin de evitar las indeseadas consecuencias de la reiteración sancionadora.

(32) STS de 5 de septiembre de 1995, Ar. 6710. “Identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva”, en palabras de la STC 154/1990, FJ 3º.

(33) FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidades administrativas”, en AAVV (Dir. FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.), *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 304.

(34) STC 2/2003, FJ 5º.

(35) Criterio distinto al que anteriormente había mantenido el propio Tribunal Constitucional en SSTC 177/1999 y 152/2001.

(36) Sirva como regla de aproximación –aunque luego se tratará de ello– la de que el *non bis in idem* tendrá escasa virtualidad en aquellos supuestos en que la condena penal se dirija contra personas físicas y la infracción administrativa se impute a una empresa persona jurídica, tal como observa TOLOSA TRIVIÑO, C., *Prontuario de seguridad y salud laboral...*, ob. cit., pág. 260.

a) El sujeto activo del ilícito penal

En el ámbito penal debe partirse de la máxima *societas delinquere non potest*, en base al principio de individualización de la conducta típica y de personalidad de la pena y a consecuencia de que lo esencial para la imputabilidad del sujeto en el orden penal es que esté presente el elemento subjetivo de la culpabilidad, de ahí que la sanción penal sólo pueda recaer efectivamente sobre el sujeto cuya condición sea la de persona física —cuando su actuación lo haya sido concurriendo aquel elemento subjetivo del dolo o la imprudencia, dada la aversión del ordenamiento hacia la responsabilidad objetiva—, pero no sobre la persona jurídica ya que la pena tiene siempre ese componente subjetivo que deviene del carácter personal de la misma. Pero, en realidad, no quiere ello decir que una entidad societaria no pueda ser responsable cuando en ella concurren los elementos del correspondiente tipo penal (condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo), lo que ocurre es que, en estos casos y aplicando una especie de desdoblamiento de la personalidad, será la persona física que actúe como administrador o en nombre o representación de aquélla o personalizando de algún modo su actuación, la que se considere criminalmente responsable³⁷. Asimismo, concretando para el delito contra el derecho a la seguridad y salud laboral de los trabajadores³⁸, se dispone que, cuando los hechos se atribuyan a empresas personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello³⁹, sintetizando así en esta materia la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que recaerá en los sujetos que voluntaria o imprudentemente hayan omitido las oportunas medidas de seguridad y generado el riesgo: sujetos que ocupan una posición en la empresa que permite catalogarlos como titulares del “dominio del riesgo”⁴⁰ porque ordenan y gestionan parcelas de poder y decisión delegadas por el empresario⁴¹. En materia de prevención de riesgos laborales, partiendo del enjuiciamiento de los supuestos de accidentes de trabajo, la doctrina de los tribunales ha venido consolidando unos criterios de responsabilidad empresarial que apuntan a aquellos sujetos que, dentro de la órbita de la empresa tienen delegadas parcelas de poder, como encargados o capataces⁴². Por el contrario, tratándose de empresario individual persona física (o también en el supuesto de imputación a sociedades unipersonales) es evidente que puede incurrir como sujeto activo en las conductas penales tipificadas como delito

(37) Artículo 31 del Código Penal (en la redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre).

(38) Artículos 316 (cuando el delito es doloso) y 317 (cuando se actúa con imprudencia grave) del Código Penal.

(39) Artículo 318 del Código Penal en la redacción establecida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre; norma de aplicación preferente, por especial, respecto del artículo 31 CP. Además se podrá decretar en estos casos alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 CP.

(40) En expresión de VARELA AGRELO, J.A., “El principio *ne bis in idem*; especial referencia al ámbito social de la seguridad e higiene en el trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 7/2003, pág. 22.

(41) Aquellos sujetos que desempeñan funciones de mando, organización o dirección, o, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial, “cualquier persona que asume o a la que se confía la realización de una tarea con mando sobre otros y con función general de vigilancia y cuidado”, como señala TOLOSA TRIVIÑO, C., *Prontuario de seguridad y salud laboral...*, ob. cit., pág. 261.

(42) PÁRAMO MONTERO, P., “Puntos conflictivos en torno al poder sancionador...”, ob. cit., pág. 40.

o falta y, en consecuencia, recibir la correspondiente pena. La conducta típica penal podrá ser imputada, por tanto, al sujeto que aparezca como legalmente obligado a facilitar a los trabajadores los medios necesarios para que desempeñen su actividad con las debidas condiciones de protección para su seguridad y salud, es decir, el empresario o las personas que actuando en nombre de aquél aparezcan como responsables: directivos, gerentes, encargados del servicio, jefes de taller, ..., incluso otros obligados a evitar la situación de peligro⁴³. La delimitación del sujeto activo de la actuación penal viene determinada, en todo caso, de acuerdo con el reenvío que la ley penal efectúa a las previsiones contenidas en las normas de prevención de riesgos laborales; nos encontramos ante una norma doblemente en blanco que recurre para su integración a otras, tanto para delimitar la conducta típica como los sujetos activos de la acción delictiva.

No obstante lo señalado anteriormente respecto de las personas jurídicas, y desde una óptica puramente objetiva de evitación de la duplicidad de efectos económico-patrimoniales en el mismo patrimonio —y la posible y consiguiente vulneración del *non bis in idem*—, habría de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Código Penal en relación con las consecuencias accesorias a la imposición de penas, que serían aplicables a las personas jurídicas; así, el artículo 129 CP⁴⁴ dispone:

“1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años, b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación, c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años, d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de

**EN EL ÁMBITO PENAL
DEBE PARTIRSE
DE LA MÁXIMA SOCIETAS
DELINQUERE NON POTEST,
EN BASE AL PRINCIPIO
DE INDIVIDUALIZACIÓN
DE LA CONDUCTA TÍPICA
Y DE PERSONALIDAD
DE LA PENA**

(43) En este sentido se expresan la STS de 14 de julio de 1999 y la SAP de Guadalajara de 17 de enero de 2003: “La condición de sujeto activo en el delito del artículo 316 recae no sólo en el empresario que actúa directamente o por delegación, sino en todos aquellos que tienen posibilidad práctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico-laboralmente obligados a hacerlo no lo hacen ya que la mención incluida en el tipo (legalmente obligados) no excluye la posibilidad de extender la responsabilidad del empresario a personas que trabajan a su servicio o concretar esa responsabilidad, como señala el TS en sentencias de 10 de mayo de 1980, respecto de todas las que ostenten mando o dirección técnicos, ya sean superiores, medios o subalternos”; las sentencias son citadas por M. ARMENTEROS LEÓN, “Algunas consideraciones sobre la delimitación subjetiva de la responsabilidad penal en materia de riesgos laborales”, www.noticiasjuridicas.com, septiembre 2006.

(44) En la redacción dada por la LO 15/2003.

aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años, e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.”

b) El sujeto de la infracción administrativa

Si en el ámbito penal la regla es la imposibilidad de imputación de la conducta delictiva directa a un sujeto con forma jurídica de sociedad, no ocurre lo mismo en el campo de la infracción y sanción administrativas⁴⁵, donde el tradicional responsable es el empresario. Aceptar esta posibilidad de imputación en el orden administrativo requiere, de principio, prescindir de la regla común de personalidad de la sanción y del principio de culpabilidad⁴⁶ predicables del *ius puniendi*, y construir, por otra parte, una ficción que sustituya a la realidad de que la sociedad no puede jamás aparecer como autor material de unos hechos infractores. Por otra parte, la sanción administrativa debe recaer en el sujeto individualizado y único⁴⁷, de forma que no se prevé reparto de responsabilidades más allá de la

(45) Resulta interesante, y a mi juicio bastante cierta, la observación de RIVAS VALLEJO, P., respecto a que la dificultad de imputabilidad penal en el caso de las personas jurídicas ha determinado una clara preeminencia del uso de la vía sancionadora administrativa, reservándose a la vía penal la sanción por los daños una vez producidos (lesiones) y a la administrativa las conductas de riesgo o de peligro de la salud e integridad física de los trabajadores; en AAVV (Dir. GARCÍA NINET, J.I.), *Manual de Prevención de Riesgos Laborales. Seguridad, Higiene y Salud en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 389. No obstante, habría de apostillarse que la vía penal se reserva de hecho a los supuestos de lesiones graves y muy graves (al respecto, ver *supra*, nota 2), pues, en la práctica, es evidente que la Administración está sancionando infracciones en las que concurre lesión personal del trabajador. Todo esto, claro, dicho con las debidas cautelas, pues será la práctica administrativa y la del Ministerio Fiscal las que determinen la actuación pertinente según los criterios que hayan adoptado o los casos concretos en que les toque decidir.

(46) No podemos entrar aquí a valorar, ni siquiera mínimamente, el problema de la culpabilidad en el orden administrativo sancionador, baste señalar que en este ámbito no cabe la responsabilidad objetiva –aunque a veces la práctica se empeñe en contradecir tal aserto– y, por el contrario, la existencia de culpa o imprudencia es requisito fundamental para la sanción; incluso cuando hablamos de simple inobservancia de las normas de prevención de riesgos estamos suponiendo de alguna manera una actuación culposa o imprudente por parte del sujeto, pues conociendo el peligro, decide no evitarlo teniendo capacidad para ello. En este sentido cabe señalar que la responsabilidad de la empresa se infiere de la “transgresión” producida de la normativa de directa aplicación en materia de prevención de riesgos laborales, entendiéndose que esta actuación denota una manera de obrar exenta de la “diligencia debida” (criterio, entre otras, de la STS, C-A, de 7 de octubre de 1997, EDJ 1997/6311).

(47) De acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, TRLISOS (con la reforma de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, son sujetos responsables de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales: a) el empresario titular del centro de trabajo (y los contratistas y subcontratistas), b) los promotores y propietarios de obra, c) los trabajadores por cuenta propia, d) las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, e) las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, f) las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales.

posibilidad de imponer la regla de la solidaridad prevista en el artículo 42.3 del TRLISOS. También debe establecerse la responsabilidad administrativa de las entidades jurídicas aun cuando se compruebe la conducta imprudente o negligente de sus empleados en el uso de medidas de seguridad disponibles y facilitadas por la empresa, tal como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial administrativa⁴⁸. Pero, en todo caso, el punto de partida: la atribución de responsabilidades en vía administrativa, y más en el ámbito fundamentalmente de la prevención de riesgos laborales, resulta de por sí en muchos casos una tarea realmente compleja y no exenta de problemática específica; como es sabido, en esta materia existe la figura del sujeto obligado y la del sujeto responsable, que no siempre serán coincidentes y que implica la imposibilidad de la Administración de sancionar en aquellos supuestos de incumplimiento por parte de algún sujeto obligado a realizar una actuación pero que no es “responsable” ante el órgano sancionador⁴⁹. Y todavía cabe algún supuesto problemático y en ocasiones nebuloso, como es el que se produce cuando la comisión de unos mismos hechos pueden generar responsabilidad para sujetos diferentes, incurriendo en infracción varias empresas y obteniendo duplicidad de sanciones (por ejemplo, un promotor y un contratista, o una empresa principal y una contrata, o dos subcontratas, ...); esto es posible desde el momento en que pueden existir obligaciones distintas para los diferentes sujetos pero cuyo incumplimiento se pone de manifiesto en la producción del mismo hecho ilícito, y no cabe apreciar genéricamente aquí vulneración del *non bis in idem*⁵⁰ digamos administrativo, aunque surge la duda cuando hay, además, sanción penal.

c) La compleja coincidencia subjetiva en los ámbitos administrativo y penal

Como habíamos anticipado, la cuestión de la identidad de los sujetos nos conduce a un terreno resbaladizo desde el momento que, en principio y *grosso modo*, salvo que los hechos ilícitos hayan sido cometidos por un empresario individual, persona física, difícilmente podrá aplicarse el *non bis in idem* ante la falta de uno de sus presupuestos esenciales, el de la identidad en los sujetos. Es antigua la doctrina constitucional que permite la sanción administrativa a una empresa aunque sus administradores, directivos o representantes hayan sido condenados penalmente, dado que no cabe apreciar la identidad del sujeto⁵¹; doctrina que se ha reiterado por el Alto Tribunal en otras ocasiones y cuyo alcance ha quedado fijado en el criterio general según el cual “no se da la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración del principio de *non bis in idem* cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma”⁵². Se ha dicho, en consecuencia y no sin razón, que la conjugación de ambos ordenamientos jurídicos, laboral y penal, conduce a la inapli-

(48) En la jurisdicción penal ya es otra cosa, dado el sesgo que se está adoptando en las resoluciones judiciales más recientes a propósito de la concurrencia de culpa entre trabajador y empresa.

(49) Los sujetos obligados a realizar determinada conducta podrán ver exigida su responsabilidad en vía civil o penal, pero al no tener la condición de responsables en este ámbito, quedarán exentos de la sanción administrativa: tal es el caso, por ejemplo, de los coordinadores de seguridad, o el de los técnicos de prevención.

(50) Como pone de manifiesto la STS, C-A, de 24 de octubre de 2001, EDJ 2001/48387.

(51) ATC 454/1986, de 21 de mayo.

(52) ATC 355/1991, de 25 de noviembre, y ATC 357/2003, de 10 de noviembre. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo asume este criterio y así por ejemplo, la STS, C-A, de 12 de julio de 2001, EDJ 2001/30334, entiende que no

cabilidad parcial de este principio en el terreno sancionador de la prevención de riesgos laborales⁵³; y así parece ser, dado que el sujeto imputado y procesado por la comisión del ilícito difiere considerablemente en ambos órdenes. La cuestión radica en apreciar si con esta simple consideración se vería cumplida la finalidad que se persigue con la aplicación del principio de interdicción de la doble sanción, aunque quizá deba admitirse sin más, *de lege data*, la posibilidad de este doble reproche aun cuando en la realidad la conducta individual que se condena en vía penal no deje de ser sino una “conducta empresarial” del sujeto que, de no haber estado en la órbita de la empresa, en su círculo y bajo las instrucciones —expresas o tácitas, genéricas o específicas— del empresario, jamás habría podido ser imputado. Si además de la sanción penal a la persona física se sanciona administrativamente a la empresa, se está dando a entender que ésta actúa de forma desvinculada respecto de aquellos que sean sus representantes, desconociéndose cualquier tipo de “culpa empresarial” e ignorándose las consecuencias accesorias que derivan para la empresa de la aplicación del artículo 129 CP. Se produce también una serie de distorsiones en la aplicación del principio dado que las penas y las sanciones administrativas lo son de distinta naturaleza: las primeras pueden conllevar la aplicación de medidas personales, las segundas siempre tienen carácter pecuniario y, como luego se verá, si para evitar la doble sanción se admite constitucionalmente que el Tribunal Penal condene pero pueda (o deba) descontar una previa sanción administrativa para evitar objetivamente el *bis in idem*, ¿cómo podrá hacerlo si la condena penal no es de tipo pecuniario?

Tampoco resulta congruente, a mi juicio, que la diferencia en la configuración jurídica del empresario, en la forma que adopte la empresa para actuar en el tráfico jurídico, pueda derivar en la aplicación o inaplicación de la doble sanción cuando se ha impuesto una primera condena en la vía penal. Y sin embargo así resulta del ordenamiento actual por cuanto, ante una misma conducta antijurídica que deriva en la producción del mismo ilícito penal, si se trata de un empresario individual que es condenado penalmente, quedará ileso en cuanto empresario de un posterior reproche administrativo por el mismo hecho, lo que no ocurre cuando es condenado un encargado o representante de la empresa persona jurídica, pues ésta no se exonera de la posterior sanción administrativa por los mismos hechos, dado que en este caso no procede invocar el *non bis in idem* por esta elemental falta de identidad en los sujetos. En consecuencia con este criterio, resulta que la empresa persona jurídica se verá doblemente afectada en su patrimonio ante su deber de soportar la doble sanción: como prevé el artículo 31 del Código Penal, cuando se impone en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre y por cuya cuenta actuó (es evidente que en la práctica las penas de multa impuestas a personas físicas representantes de la empresa se van a repercutir en la propia empresa que, en definitiva, será la que asuma la doble sanción económica sobre su propio patrimonio); ¿ante esta realidad,

hay identidad de sujetos cuando la “sentencia penal condenó al Ingeniero Técnico director de la obra, mientras la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo”.

(53) FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidades administrativas”, en AAVV (Dir. FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.), *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, ob. cit., pág. 305.

podría resultar ésta una situación discriminatoria? Quizá, aun siendo consciente de los problemas que esto conlleva, podría retomarse la espinosa cuestión de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en relación al principio de personalidad de las penas, aplicando la imputación de las infracciones laborales a las personas físicas que las representan —y ostentan realmente el poder de dirección sobre la actividad laboral— y de las que depende materialmente la adopción de las medidas preventivas, dejando a la persona jurídica en todo caso como responsable en un segundo plano o plano subsidiario⁵⁴.

Es por ello que en la práctica habría de atenderse a otros datos más concretos y objetivos y huir de soluciones generales de inaplicación del *non bis in idem* sólo porque la doble condena lo haya sido (o pueda ser) a persona física y persona jurídica, respectivamente, puesto que la infracción de una norma por una persona jurídica requiere siempre y naturalmente la actuación de una persona física y, en consecuencia, la comisión de una infracción por la persona jurídica sólo puede darse como resultado de la capacidad de acción y culpabilidad de una persona física⁵⁵.

B) Identidad de hechos

La comprobación de la identidad que debe apreciarse en los hechos constitutivos de infracción administrativa y además de ilícito penal (delito o falta), no parece que en principio pueda generar mayores problemas interpretativos, a salvo, claro está, de la distinta relevancia y calificación jurídica que cada uno de los órdenes sancionadores puedan otorgar a esta vertiente fáctica de la triple identidad que está en la base del *non bis in idem*⁵⁶. Lo que sí puede resultar admisible es que el conjunto de hechos, o circunstancias que rodean a los mismos, puede tener distinta relevancia dentro del enjuiciamiento penal y del expediente administrativo, de manera que algún hecho ha po-

**SE HA DICHO
QUE LA CONJUGACIÓN
DE LOS ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS LABORAL
Y PENAL CONDUCE
A LA INAPLICABILIDAD
PARCIAL DEL PRINCIPIO
NON BIS IN IDEM
EN EL TERRENO
SANCIONADOR
DE LA PREVENCIÓN
DE RIESGOS LABORALES**

(54) Ver, al respecto, PÁRAMO MONTERO, P., “Puntos conflictivos en torno al poder sancionador...”, ob. cit., pág. 39.

(55) Y esta cuestión conlleva necesariamente a realizar un examen particularizado de cada caso concreto, tal como se pone de manifiesto, a mi juicio muy certeramente, en el Voto particular concurrente emitido por el Magistrado E. GAY MONTALVO en el ATC 357/2003 ya citado; para el Magistrado firmante, no se puede descartar la existencia de identidad subjetiva en supuestos de concurrencia de responsabilidades en los casos en que los efectos patrimoniales de la doble sanción puedan sufrirse en el mismo patrimonio. También resulta razonable en lo que se refiere a los sujetos el contenido de este Voto particular a MOLTO GARCÍA, J.I., *La imputación de responsabilidades y el marco jurídico de la prevención de riesgos laborales*, ob. cit., pág. 209.

(56) Como apunta TOLOSA TRIVIÑO, C., *Prontuario de seguridad y salud laboral...*, ob. cit., pág. 260, no resulta imposible que unos mismos hechos no merezcan reproche penal y sí como ilícito administrativo, siempre que la tipificación en uno y otro ámbito resulten diferentes al contemplar la protección de diversos bienes jurídicos.

dido resultar irrelevante en el orden penal y, por el contrario, ser de importancia específica para la configuración de la infracción administrativa, o que el pronunciamiento penal no agote todas las facetas de la infracción⁵⁷.

Los hechos constitutivos del ilícito penal resultan de la infracción o inobservancia de normas de prevención de riesgos laborales, de forma que la conducta delictiva: no facilitar a los trabajadores los medios de cualquier tipo necesarios para que puedan desarrollar su actividad en ausencia de peligro grave —o con mínimo peligro— para su vida, salud o integridad física, no será tal si no se ha producido aquella vulneración de las normas o, dicho de otro modo, la infracción de las normas de prevención se constituye en condición necesaria para la producción de una conducta delictiva; aunque no se quiere decir con esto que el tipo penal se fundamente en la inobservancia de las normas de seguridad (ello es más propio de la infracción administrativa), pues el ilícito resulta de la puesta en peligro de los trabajadores en su actividad, eso sí, cuando el riesgo deriva del incumplimiento de las normas. Pero el precepto penal (artículo 316 CP), como norma en blanco que es, nos remite necesariamente al conjunto de normas de prevención de riesgos laborales para integrar el tipo del injusto penal, y así, recurriendo al artículo 1 de la LPRL, podemos señalar que componen el ordenamiento de seguridad y salud laboral: a) la propia LPRL y sus disposiciones de desarrollo o complementarias, b) cuantas otras normas legales contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito, c) las normas convencionales, esto es, los convenios colectivos en cuanto a las cláusulas que contengan relacionadas con la prevención de riesgos. Así pues, los hechos con trascendencia para la actuación penal serán aquellos que en su realización vulneren las normas sustantivas que componen este corpus que hemos señalado. Ahora bien, la realización de estos hechos debe poner en peligro grave la vida, salud o integridad de los trabajadores, pero esto es una cuestión exigida como valor añadido por la propia norma penal para completar la definición del injusto penal⁵⁸, aunque nada supone en cuanto a la concreción de los hechos.

La sanción administrativa se impone por la producción de unos hechos que resultan de las acciones u omisiones de alguno de los sujetos responsables, que sean contrarias a las normas laborales de seguridad y salud o incumplan los mandatos contenidos en ellas. De aquí resulta que el elenco de hechos que pueden originar la infracción administrativa coincide básicamente con los que motivan la actuación penal; sin embargo, hay zonas exclusivas que quedan fuera de los límites del reproche penal, tales como aquellas en que realizándose un hecho ilícito, no deriva de él un riesgo con la suficiente entidad para considerarlo como grave a los efectos penales (y sin embargo los hechos infractores que generan riesgo leve son sancionables en vía administrativa), y aún más, las infracciones de normas que contienen obligaciones formales originan sanción administrativa pero, evidentemente,

(57) Tal como manifiestan BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS, citados por PÉREZ CAPITÁN, L., “La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales”, ob. cit., pág. 321.

(58) GARCÍA RIVAS, N., “Delitos contra la seguridad en el trabajo”, en AAVV, *Siniestralidad laboral...*, ob. cit., pág. 238.

quedan exentas de la acción penal⁵⁹. En resumen, podríamos representar la actuación administrativa y la penal como dos círculos concéntricos, siendo el de la primera de mayor amplitud y quedando en la órbita de la segunda sólo los hechos cuya realización genera peligro grave⁶⁰. Y enlazando con el fundamento de la sanción, al tratarse de círculos coincidentes que vendrán basados en la protección común del mismo bien, resultará que la diferencia en aquel fundamento será en muchos casos mínima.

C) Identidad de fundamento

El fundamento de la eventual sanción que pretenda imponerse frente a la comisión de los hechos ilícitos, deberá guardar identidad con el fundamento que motivó la anterior sanción por los mismos hechos para que entre en juego la interdicción del *bis in idem*, es decir, que se contemple la sanción de los hechos desde la misma perspectiva de protección y defensa social. Si la sanción responde a —o se justifica por— la necesidad de retribución de una conducta ilícita y a la evitación en lo posible de futuras vulneraciones de las normas, es debido a la obligación del ordenamiento de proteger determinados valores o bienes jurídicos que por constituir el sustento de aquellas normas y representar un interés social así lo merecen. Lo que ocurre es que el propio ordenamiento jurídico ha previsto, mediante una múltiple tipificación de los hechos o las conductas, una protección múltiple de determinados bienes jurídicos, es decir, que, en ocasiones, un mismo bien jurídico encuentra protección por diferentes parcelas del ordenamiento y, por ello, en orden a la aplicación del *non bis in idem*, habrá de acordarse cuándo concurre esta coincidencia del bien jurídico protegido y, por ende, la identidad de fundamento que constituye uno de los elementos de aplicación del principio (es obvio que la acción sancionadora penal y la administrativa se basan en un diferente fundamento punitivo que es el de la distinta tipificación desde ópticas diferentes, sin embargo, debemos aquí entender el término como equivalente y más cercano al concepto de valor protegido). En mi opinión, cuando se trata de la concurrencia del orden penal y del administrativo sobre los mismos hechos, no puede hablarse en términos generales y absolutos, ni de identidad de fundamento ni tampoco de total disparidad del mismo por la propia naturaleza y razón de ser de ambos órdenes, sino que, por el contrario, habrá de hacerse un ejercicio de adecuación al caso concreto y determinar si la comisión de unos mismos hechos ha vulnerado el mismo o distinto bien jurídico protegido por el orden penal y el administrativo⁶¹. Existirá un fundamento punitivo distinto si con la sanción administrativa o la penal no se protege toda la realidad

(59) Para el delito de riesgo se precisa la infracción de deberes preventivos que tengan relevancia material y no meramente formal, como indica PURCALLA BONILLA, M.A., “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores...”, ob. cit., pág. 1660.

(60) Cercano a este criterio parece mostrarse la Instrucción de la Fiscalía General de Estado 1/2001, de 9 de mayo, sobre la actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral, cuando contempla ordenar la remisión al Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en que la omisión de medidas de seguridad laboral lleven aparejada una propuesta de sanción administrativa por infracción muy grave.

(61) Claro que sería más sencillo, sobre todo en la materia que nos ocupa, dejarse llevar por la inercia de una simple consideración sobre la identidad de fundamento en los tipos penales y administrativos y concluir que no cabe distinción entre ellos, o que la duplicidad punitiva responde más a un defecto de técnica o de política legislativa que a una efectiva diferencia entre los delitos y faltas y las infracciones coincidentes en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Parte de la doctrina considera, en este aspecto, que no existe estructuralmente una identidad de fundamento en la imputación administrativa respecto de la penal, como MOLTO GARCÍA, J.I., *La imputación de responsabilidades y el marco jurídico de la prevención de riesgos laborales*, ob. cit., pág. 210.

del bien jurídico en cuestión. Habrá igualmente de tenerse en cuenta la posibilidad de que unos mismos hechos produzcan diversas consecuencias ilícitas, lo que puede conllevar la agresión de distintos bienes jurídicos merecedores de protección y, en este caso, cabría una doble o múltiple sanción ante la falta de identidad de fundamento.

El fundamento tiene que ver, por tanto, con la protección del bien jurídico de que se trate, de manera que distintas normas jurídicas sancionadoras tendrán a estos efectos el mismo fundamento cuando se encaminen a la protección no ya del mismo bien jurídico sino de los mismos aspectos del bien en cuestión. Si, por el contrario, diferentes normas tipifican aspectos distintos en la protección del mismo bien, el fundamento será diferente a los efectos del *bis in idem*. No obstante, y siendo así que la coincidencia de bien jurídico a proteger es una condición o componente de la identidad de fundamento, en el ámbito administrativo laboral de la prevención de riesgos y en el penal de los delitos de peligro, la identidad de fundamento también debe ser relacionada con la identidad en el riesgo o peligro que deriva de la actuación antijurídica del sujeto. Sólo si bien jurídico y riesgo laborales son coincidentes con sus homónimos penales (o con los que hubieran concurrido en un procedimiento administrativo anterior), nos encontraremos con el principio de aplicación del *non bis in idem*⁶².

En el ámbito de la actuación penal, y con referencia al artículo 316 CP, el bien jurídico a proteger parece consistir en la vida, salud e integridad física de los trabajadores, por ello se tipifica como conducta punible la actuación de los sujetos que ponga en peligro grave alguno de estos bienes por no facilitar los medios de protección necesarios (medios de todo tipo, no solamente materiales). Pero el fundamento de la intervención penal, en este caso de delito de peligro genérico⁶³, es el de evitar las conductas omisivas⁶⁴ que originen la aparición de la situación de riesgo a que alude el precepto, dado que en realidad el bien jurídico que merece aquí protección es el de la seguridad genérica de los trabajadores en el desempeño de su actividad laboral (o prevención de la siniestralidad laboral), a modo

(62) En este sentido, resulta interesante hacer aquí referencia a la Ley 2/1998, de 20 de febrero (BOPV de 11 de marzo), de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuyo artículo 18 trata del *non bis in idem*, y dispone: "Se entenderá que hay identidad de fundamento cuando: a) La infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando. b) Existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, éstos no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción".

(63) Utilizamos el término "genérico" no como equivalente a "abstracto", es decir, no decimos que se trate de delitos de peligro abstracto, sino que el riesgo que se crea con la conducta del sujeto activo puede ser múltiple e indeterminado. A nuestro juicio, el tipo del 316 CP no exige una meditada y efectiva puesta en peligro del trabajador, sino que la actuación del sujeto activo incumpliendo las normas de prevención sea idónea para generar un peligro a los trabajadores; dicho de otro modo, lo que el legislador trata de evitar es la conducta que pone realmente en peligro la seguridad en el trabajo, adelantándose a la actualización del riesgo y evitando el resultado lesivo y, en este sentido, el tipo penal referido, en cuanto previsión ante situaciones de peligro, guarda relación con los que se refieren a la protección del medio ambiente, seguridad alimentaria, seguridad del tráfico, etc.

(64) Se ha entendido que nos encontramos no ante una omisión pura sino ante un delito de comisión por omisión, así puede verse en PURCALLA BONILLA, M.A., "Delitos específicos de peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores...", ob. cit., págs. 1665 y ss.

de bien jurídico colectivo⁶⁵, por más que se aprecie su concreción, en la casi totalidad de los casos, en sujetos trabajadores determinados expuestos a peligros concretos. Aunque, si acudimos al artículo 350 CP⁶⁶, el fundamento de esta intervención se basa en la evitación tanto de un riesgo genérico como de un peligro concreto para la vida e integridad física de las personas. De lo que no cabe duda, es que si se produjera el resultado dañoso —por la conducta omisiva en el cumplimiento de las normas— contra la vida o salud de los sujetos protegidos, aparecerían otras formas típicas penales, como puede ser el homicidio o las lesiones, y aquí el fundamento no podría ser coincidente con el que sustenta la actuación frente a situaciones de mero riesgo o peligro, porque el bien jurídico protegido en el primer caso es la integridad física del trabajador mientras en el segundo lo es la seguridad y salud en el trabajo⁶⁷. Pero son estos tipos penales de resultado —y no los delitos de riesgo de los artículos 316 a 318 CP— los que propician la actuación penal en la mayor parte de los casos, dando lugar a un concurso de normas cuando se enjuician unos hechos que han producido un resultado lesivo para uno o varios trabajadores, quedando en estos casos subsumida la infracción autónoma de peligro en el delito de resultado en base al principio de consunción (artículo 8.3 CP) y bastando la aplicación de uno de los tipos penales para dar respuesta a toda la actuación antijurídica. Pero puede ocurrir que además del resultado lesivo para un concreto trabajador, el riesgo haya existido para otros aunque no hayan resultado accidentados y, en estos casos, deberá aplicarse el concurso ideal de delitos, debiendo responder el sujeto imputado por ambas causas. Y dado que el fundamento es diferente, si en vía penal sólo se condena por el resultado lesivo, nada impide la eventual sanción administrativa por los mismos hechos pero en orden a este distinto bien jurídico protegido que orienta la tipificación de la infracción laboral.

**SÓLO SI BIEN JURÍDICO Y
RIESGO LABORAL
SON COINCIDENTES
CON SUS HOMÓNIMOS
PENALES NOS
ENCONTRAREMOS
CON EL PRINCIPIO
DE APLICACIÓN
DEL *NON BIS IN IDEM***

La intervención sancionadora administrativa resulta necesaria para responder al genérico derecho de los trabajadores a una “protección eficaz” en materia de seguridad e higiene reconocido en el artículo 19.1 ET y desarrollado por una multitud

(65) Recordemos que la Constitución española (artículo 40.2), dentro de los principios rectores de la política social y económica, contempla la obligación de los poderes públicos de velar por la *seguridad e higiene en el trabajo*. Cabe mencionar asimismo el genérico derecho a la *protección de la salud* (artículo 43 CE) de todos los ciudadanos y, específicamente por su posición de riesgo, de los trabajadores. El Estatuto de los Trabajadores recoge como derecho genérico o colectivo de los trabajadores la existencia de una adecuada política de seguridad e higiene y una protección eficaz en esta materia [artículos 4.2.d) y 19 ET].

(66) Ubicado en la Sección referida a “Otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes”, tipifica la conducta delictiva de los que infrinjan normas de seguridad en materia, entre otras, de obras de construcción y análogas.

(67) Por citar algún ejemplo de ello en la jurisprudencia, ver la STSJ de la Comunidad Valenciana, C-A, de 18 de julio de 2002, Ar. 80.

de normas legales, reglamentarias y convencionales. El complejo ordenamiento en esta materia parte de un deber del empresario que lo convierte en garante de aquel derecho contractual de los trabajadores, pero también en obligado al cumplimiento de deberes jurídico-públicos, respondiendo de las posibles infracciones por la comisión de hechos ilícitos en esta materia. Por otra parte, el orden sancionador administrativo no requiere, para su actuación, de la existencia de un resultado dañoso para la salud e integridad de los sujetos protegidos, sino que basta la vulneración de las normas en abstracto para que se integre la conducta antijurídica merecedora de sanción⁶⁸. En consecuencia, el fundamento de la actuación administrativa no puede ser otro que la protección de aquellos intereses individuales y colectivos, privados y públicos, merecedores de protección ante la existencia del riesgo o peligro genérico que deriva de la actividad laboral y del ambiente en que se desarrolla. A ello no empece que existan infracciones que contemplan la vulneración de normas que contienen obligaciones formales pues, en definitiva, el punto de mira de la normativa de seguridad y salud laboral en su conjunto no es sino la protección frente a la eventual actualización de los riesgos que resulten inevitables.

3. LA DOBLE VERTIENTE, MATERIAL Y FORMAL, DEL *NON BIS IN IDEM* EN LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL

Para dotar de validez y auténtica eficacia a este principio y, en definitiva, para determinar su exacta aplicación, es preciso acudir a su doble vertiente sustantiva y procesal, es decir, no se trata sólo de evitar la duplicidad de sanciones respecto de unos mismos hechos, sino también de impedir la apertura y desarrollo de dos procedimientos diferentes encaminados al enjuiciamiento de tales hechos⁶⁹. En este sentido, aun cuando el enfoque material es el que sirve mejor a la función de garantía que se encuentra en la base del derecho fundamental en juego⁷⁰, no es menos cierto que el sustento de tal principio se encuentra en la aplicación de su vertiente procedimental, que ofrece la mejor garantía instrumental para evitar aquella duplicidad sancionadora⁷¹. Por otra parte, la reiteración sancionadora proscrita por el *non bis in idem* puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento⁷². Así pues, la interdic-

(68) La producción del resultado dañoso será considerado como elemento de agravación de la sanción (artículo 39 TRLISOS), pero resulta ajeno a la descripción de los tipos infractores.

(69) Recordemos que la dimensión procesal del principio tiene reconocida relevancia constitucional desde la STC 159/1987, ya citada, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la cosa juzgada material.

(70) Como así lo pone de manifiesto la STC 177/1999, FJ 3º.

(71) La doctrina constitucional (STC 2/2003) sólo atribuye auténtica autonomía a la vertiente procesal del principio en el supuesto de dos procesos penales (imposibilidad absoluta de un segundo enjuiciamiento penal), pues si se trata de un procedimiento administrativo y uno penal, cuando no hay duplicidad sancionadora, no puede hablarse de un autónomo plano procesal del principio, a no ser –como parece indicar el propio Tribunal– que el procedimiento y la sanción administrativa revistan un grado de complejidad y magnitud importante. Pero este criterio no explica suficientemente el porqué un proceso penal no pueda iniciarse cuando en otro anterior hubo sentencia absolutoria y, sin embargo, sí podría abrirse un procedimiento administrativo en el mismo caso.

(72) STC 2/2003, FJ 3º.

ción del *non bis in idem* comprende tanto la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras con resultado punitivo sobre unos mismos hechos como la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada⁷³. Ahora bien, la prohibición del doble enjuiciamiento no puede sino tener un valor relativo, pues nada impide la intervención administrativa una vez dictada sentencia penal o auto de sobreseimiento, si puede continuarse el procedimiento sancionador sin vulnerar la vertiente material del *non bis in idem*; o incluso siguiendo la reciente doctrina constitucional, cabe el procesamiento penal aunque exista un previo pronunciamiento administrativo. En todo caso, el ordenamiento puede permitir una dualidad de procedimientos donde pueda producirse un enjuiciamiento y calificación jurídica diferentes, que se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes⁷⁴.

A) Interdicción de la doble sanción

Tanto en las normas de carácter administrativo común como en las del orden social, la recepción del *non bis in idem* ha supuesto la incorporación de reglas, sustantivas y procedimentales destinadas al cumplimiento y eficacia de tal principio. Desde el punto de vista material, el ordenamiento administrativo común presta atención a la posible concurrencia de sanciones y ofrece las siguientes reglas en orden a su interdicción:

– “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento” (artículo 133 de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC, incluido en el capítulo correspondiente a los “principios de la potestad sancionadora”).

– “El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento” (artículo 5.1 del Real Decreto 1398/1993)⁷⁵.

Del mismo modo en su vertiente sustantiva se refleja el principio en las normas del orden social para el caso de procedimientos sancionadores por infracciones en este ámbito:

– Concurrencia con el orden jurisdiccional penal. “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento” (artículo 3.1 del TRLISOS)⁷⁶.

(73) STC 2/2003, FJ 3º.

(74) Cfr. STC 77/1983, FJ 4º.

(75) De 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora; esta norma opera con carácter supletorio en materia de infracciones y sanciones del orden social.

(76) Esta redacción proviene del artículo 42.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. También estaba ya regulada la concurrencia de sanciones en la antigua Ley 8/1988, de 7 de abril, LISOS.

- Concurrencia de sanciones con el orden jurisdiccional penal. “La condena por delito en sentencia firme excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos que hayan sido considerados probados siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento...” (artículo 5.3 del Real Decreto 928/1998)⁷⁷.
- “No podrán sancionarse los mismos hechos que hayan sido objeto de anterior resolución administrativa, cuando concurra identidad...” (artículo 7.4 del Real Decreto 928/1998).

Los citados preceptos contemplan la imposibilidad de sancionar doblemente cuando en el curso de un procedimiento anterior haya recaído condena penal o sanción administrativa, tal como determinaría en principio la cosa juzgada material en sentido positivo (vinculación a lo ya resuelto en proceso anterior si se da la triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento⁷⁸). Por tanto, no es sólo la interdicción de la doble condena en diferentes ámbitos —penal y administrativo— lo que se pretende, sino que también debe impedirse el *bis in idem* cuando se trata de dos sanciones administrativas. En todo caso, existirá una completa vinculación al fallo anterior que garantice la imposibilidad práctica de una doble sanción. El problema surge en la construcción jurídica de los efectos de la cosa juzgada respecto a esta vertiente material del *non bis in idem*, pues siendo una institución típica procesal (con una construcción dogmática típicamente procesalista), resulta de todo punto forzada su aplicación cuando se trata de un supuesto en el que exista una previa sanción administrativa y luego se pretende una condena penal, o cuando se trata de dos sanciones administrativas. El propio Tribunal Constitucional, como luego se dirá, ha sido consciente de esta cuestión aparentemente simple y concluye con la dificultad de vinculación del principio con la cosa juzgada. Y, del mismo modo, en la mejor doctrina administrativista se entiende como carente de justificación dogmática aquella vinculación del *non bis in idem* con la cosa juzgada⁷⁹. Por otra parte, para hacer efectiva la interdicción de la doble sanción, es preciso que el sujeto imputado en el segundo procedimiento acredite la anterior condena y no solamente aluda a una vulneración que no basta con ser invocada, sino que debe probarse⁸⁰.

B) La concurrencia de procedimientos

En su vertiente formal o procesal, y partiendo teóricamente de la aplicación de la cosa juzgada material en su vertiente negativa (prohibición de dos procesos, imposibilitan-

(77) De 14 de mayo, que aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

(78) Para ello es importante determinar qué es lo que realmente se ha decidido en el primer proceso, porque sólo lo que se ha incorporado a la parte dispositiva de la sentencia es susceptible de producir esa vinculación, que no es predicable de las declaraciones de hecho, ni de las consideraciones jurídicas; CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 326.

(79) Tal es el parecer de NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., pág. 475: para el autor, el Derecho Administrativo Sancionador necesariamente ha de elaborar en este punto una doctrina propia, aunque se encuentre inicialmente inspirada por la estructura de la cosa juzgada.

(80) Criterio de la STS, C-A, de 7 de octubre de 1997, citada.

do que se produzca un nuevo planteamiento del tema, concurriendo la triple identidad), el *non bis in idem* encuentra su efectividad cuando se consigue evitar la sustanciación de dos procedimientos frente al mismo sujeto, por los mismos hechos y en base al mismo fundamento. A estos efectos y para impedir el doble enjuiciamiento se ha instrumentado una doble regla, según la cual: a) cuando un órgano administrativo se encuentre tramitando un procedimiento sancionador y observe que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta, paralizará las actuaciones y procederá a comunicarlo al órgano judicial penal; b) cuando la Administración tuviera conocimiento, por el cauce y en el momento que fuere, de que por unos hechos se siguen diligencias penales, deberá abstenerse de continuar el procedimiento que eventualmente viniera siguiendo por los mismos hechos⁸¹. El reflejo de esta doble regla en el Derecho positivo se muestra en los siguientes preceptos:

a) “En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación” (artículo 7.1 del Real Decreto 1398/1993).

– “Cuando, en cualquier fase del procedimiento sancionador, los órganos competentes consideren que existen elementos de juicio indicativos de la existencia de otra infracción administrativa para cuyo conocimiento no sean competentes, lo comunicarán al órgano que consideren competente” (artículo 9 del Real Decreto 1398/1993).

– “En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones” (artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000)⁸².

**FORMALMENTE
EL *NON BIS IN IDEM*
ENCUENTRA SU
EFFECTIVIDAD CUANDO
SE CONSIGUE EVITAR
LA SUSTANCIACIÓN
DE DOS PROCEDIMIENTOS
FRENTE AL MISMO
SUJETO, POR LOS MISMOS
HECHOS Y EN BASE
AL MISMO FUNDAMENTO**

(81) De acuerdo con la STC 152/2001, de 2 de julio, la pendency del proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos.

(82) La paralización del expediente sobre recargo de prestaciones no debe producirse aun conocida la existencia de acciones penales sobre los mismos hechos, pues no se trata propiamente de un procedimiento sancionador ni existe sustrato legal al respecto, tal como razona la STS, Social, de 17 de mayo de 2004, EDJ 2004/55062.

– “Cuando la Inspección actuante o el órgano al que corresponda resolver el expediente sancionador entienda que las infracciones pueden ser constitutivas de delito, lo comunicará al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador (...) hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción, o sea firme la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial y solicitará, de dicho órgano judicial, la notificación del resultado, que se efectuará en los términos previstos en el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si se hubiere iniciado procedimiento sancionador, la decisión sobre la suspensión corresponderá al órgano competente para resolver” (artículo 5.1 del Real Decreto 928/1998)⁸³.

De aquí resulta la obligación y el mecanismo procedimental para dar prioridad al proceso penal en este ámbito sectorial y evitar que se produzca una sanción administrativa antes que la penal⁸⁴. Ahora bien, lo preceptuado en estas normas no resulta tan sencillo de llevar a la práctica, por el contrario, requiere de una seria labor de reflexión para una calificación jurídica por parte del órgano administrativo (que por cierto la norma no aclara en modo suficiente y definitivo cuál sea: si el Inspector actuante –o su Jefe– o el órgano que debe resolver, pues a ambos se refiere indistintamente, o el instructor, aunque luego dispone que la decisión sobre la suspensión del procedimiento corresponde al que deba resolver) sobre dos cuestiones fundamentales, a saber: a) una, la posible subsunción del hecho o hechos infractores que se le presentan en alguno de los tipos penales vigentes (el TRLISOS actual se refiere a “ilícitos penales”, mientras la anterior de 1988 –a la que refunde– recogía el término “delito”, que bien pudiera tratarse de una cuestión terminológica pero también de una ampliación del elenco de hechos –aparentemente delitos o faltas– a comunicar a la jurisdicción penal⁸⁵), lo que en modo alguno resulta tarea fácil para estos órganos carentes de especialización en materia penal⁸⁶, y b) dos, el juicio previo de adecuación del presupuesto referido a la triple identidad que haga presuponer –para así evitar– la prohibida doble sanción de futuro, lo que supone no una simple apreciación de carácter fáctico, sino una calificación y valoración jurídica⁸⁷. Y existe un peligro evidente de vulneración futura del *non bis in idem*, sobre todo a raíz de la vigente doctrina constitucional, si la Administración actuase no ya fraudulentamente o por exceso en la

(83) La Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, también contiene una referencia genérica (una obligación) en su artículo 10.3: “Si apreciase la posible comisión de un delito público, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el cauce orgánico que reglamentariamente se determine remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que haya conocido y de los sujetos que pudieran resultar afectados”; la norma reglamentaria se contiene en el artículo 39.2 del Real Decreto 128/2000, de 4 de febrero, sobre organización y funcionamiento de la Inspección.

(84) MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AAVV (Dirs. GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario sistemático al texto refundido...*, ob. cit., pág. 88.

(85) El Consejo Económico y Social, en su Dictamen 2/2000, de 3 de mayo, a propósito del TRLISOS, observa la incorrección en el uso de “ilícito penal”, por ser un término más amplio que el utilizado en la norma que se refunde.

(86) La subsunción de los hechos en el tipo penal que corresponda es tarea de los tribunales penales y no de la Administración que, sin embargo, deberá efectuar en este trámite un estudio indiciario y una valoración del carácter aparente de delito o falta de los hechos. Se trata de un *fumus*, de una impresión externa, como señalan SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en AAVV (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, ob. cit., pág. 79.

(87) Como así se pone de manifiesto en el Voto particular emitido en la STC 177/1999.

apertura de su procedimiento y posterior sanción, sino aún cuando dicha actuación se hubiera producido simplemente por carencia de criterios claros (y en consecuencia aplicar el principio *pro actione* que rige en el procedimiento administrativo) o por error del órgano administrativo actuante en el enjuiciamiento previo de la situación que se le plantea⁸⁸. Claro que si la mera sospecha de la existencia de delito bastara para comunicar el tanto de culpa a los órganos penales, la Administración actuante, además de tener paralizado un importante número de expedientes, podría colapsar o al menos poner en serio aprieto a la jurisdicción penal, dado el elevado número de expedientes sancionadores que se tramita. También puede aparecer el peligro de que la Administración quiera mantener a toda costa su potestad sancionadora sobre los hechos, instruyendo el procedimiento y sancionando, para lo cual le bastaría demorar el paso del tanto de culpa a la autoridad judicial competente o al Ministerio Fiscal hasta haber concluido su actuación, que se desarrollaría sin los efectos obstativos del eventual proceso penal. Lo que sí es cierto es que a la Administración se le exige un plus de actuación en cuanto que, siendo subsidiaria su intervención respecto a la de los tribunales penales, no puede permanecer impasible ante la comisión de una infracción en espera de la eventual imputación penal sino que, por el contrario, viene obligada a iniciar los mecanismos que pongan en marcha aquella jurisdicción.

b) – “(...) cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas”; “Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial” (artículo 7.1 y 2 del Real Decreto 1398/1993).

– “También se suspenderá el procedimiento administrativo cuando (...) se venga en conocimiento de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamento en relación al mismo presunto responsable” (artículo 5.1 del Real Decreto 928/1998).

– “El Ministerio Fiscal deberá notificar, en todo caso, a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción. Dicha notificación producirá la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial” (artículo 52.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000)⁸⁹.

(88) Nótese que la decisión sobre la paralización o no de un expediente sancionador queda en manos de un funcionario y, como se ha puesto de manifiesto: “un sistema en el que el funcionario puede decidir entre el castigo penal o administrativo no es un buen sistema ni respeta el principio de división de poderes”, PÁRAMO MONTERO, P., “Puntos conflictivos en torno al poder sancionador...”, *ob. cit.*, pág. 48; por ello sería deseable, a juicio de este autor, que la regulación previera ora la intervención excluyente del juez penal, ora la exclusiva persecución administrativa de los hechos, pero no la interdependencia y prejudicialidad relativa entre ambos órdenes jurisdiccionales, *ibidem*, pág. 48. Pío deseo difícil de llevar a cabo partiendo de la actual realidad que duplica la tipificación de unos mismos hechos como norma cotidiana de política legislativa, así como de la escasa dogmática sobre la teoría del concurso de normas o infracciones fuera del ámbito penal, por apuntar sólo algunas dificultades.

(89) Este apartado 3 ha sido incorporado conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre (BOE del 13), de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, la suspensión temporal del procedimiento administrativo sancionador no alcanza a la subsistencia de medidas sancionadoras diferentes o de medidas accesorias u otras actuaciones distintas (que no tienen la consideración de sanciones y sí de disposiciones preventivas) y que puedan llevarse a cabo paralelamente a él, y así, la comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal, o el inicio de las actuaciones penales por los mismos, “no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador⁹⁰, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados⁹¹, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal” (artículo 3.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000). Esta obligada ejecutividad de ciertas medidas encuentra su razón y fundamento en la necesidad de protección actual de determinados bienes jurídicos considerados de especial relevancia, como son la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de su actividad laboral; y ello, claro está, con independencia de que se esté sustanciando otro procedimiento incluso ante la jurisdicción penal.

La aplicación de la suspensión al procedimiento sancionador requiere, como hemos visto, que la Administración tenga conocimiento material de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, siendo necesario que el Ministerio Fiscal o el órgano judicial competente notifiquen o comuniquen al órgano administrativo encargado de resolver la existencia del procedimiento penal. El problema puede surgir cuando estos órganos, por el motivo que fuese, no realicen en tiempo aquella comunicación, impidiendo a la Administración el ejercicio de la abstención en su procedimiento, que continuará inexorablemente su desarrollo con las previsibles consecuencias sobre el *bis in idem* si la jurisdicción penal tampoco conoce de la existencia de duplicidad de procedimientos simultáneos. Pero esta comunicación también puede ser rogada, de manera que cuando la Administración tuviera conocimiento, por cualquier cauce —el más común es la notificación de alguna de las personas encausadas en el proceso penal que lo sean a la vez en el procedimiento administrativo—, deberá dirigirse al juzgado o tribunal penal en demanda de acreditación de la existencia del proceso sobre los mismos hechos, y con ello proceder a la suspensión del procedimiento sancionador en espera de la resolución judicial. En todo caso, si la actuación administrativa queda en manos de los particulares para conocer la duplicidad de procedimientos, pueden darse efectos de abuso no desea-

(90) La orden de paralización inmediata de los trabajos cuando concurre riesgo grave e inminente es competencia del Inspector actuante (artículo 7.10 de la Ley 42/1997, citada), que lo pondrá en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de su posible impugnación por la empresa, manteniéndose la medida hasta que se subsanen las causas que la motivaron (artículos 44 de la LPRL y 11.3 del Real Decreto 928/1998). Como “riesgo laboral grave e inminente” debe entenderse aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores (artículo 4.4 de la LPRL). A tener en cuenta igualmente los supuestos de suspensión y paralización de la actividad laboral previstos en el artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores.

(91) Las deficiencias observadas en materia de prevención de riesgos laborales (siempre que no conlleven riesgo grave e inminente que diera lugar a la paralización antes mencionada) pueden llevar al Inspector a requerir al empresario la subsanación de las mismas (artículos 7.3 de la Ley 42/1997, 43 de la LPRL y 11.2 del Real Decreto 928/1998), teniendo en cuenta que dicho requerimiento es compatible con la extensión de un acta de infracción por esos mismos hechos infractores, tal como se deduce del artículo 11.2 citado *in fine*: “Su incumplimiento (del requerimiento de subsanación) dará lugar a la práctica de la correspondiente acta de infracción, si no la hubiere practicado inicialmente” y del artículo 14.2 de la misma norma sobre medidas provisionales contenidas en el acta de inspección.

dos por la norma, siendo éste el supuesto del sujeto infractor sometido a procedimiento administrativo y paralelo proceso penal, que actuando de mala fe no lo pone en conocimiento de la Administración para así conseguir (arrancar, pudiera decirse) una sanción administrativa previa y hacerla valer como eximente o blindaje ante el castigo penal⁹², es decir, utilizando una táctica defensiva que tolera la vulneración del *non bis in idem* para utilizar la sanción administrativa como defensa ante una ulterior condena penal.

C) El resultado de la actuación en vía penal y su incidencia en la actuación administrativa

Paralizado el eventual procedimiento administrativo sancionador⁹³, en cualquiera de sus fases, habrá de estarse al pronunciamiento del órgano judicial penal finalizado el correspondiente proceso y, en este caso, determinar la influencia del fallo en la posterior actuación administrativa. Si la resolución judicial estimara la existencia de delito o falta y se condenara penalmente por ello a uno o varios sujetos, la Administración resultaría completamente vinculada por la sentencia y quedaría, en consecuencia, vedada una posterior intervención y sanción administrativa⁹⁴. En este sentido, tal como dispone la normativa laboral vigente, “la condena por delito en sentencia firme excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos que hayan sido considerados probados siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento...” (artículo 5.3 del Real Decreto 928/1998). Siendo la resolución penal condenatoria, la Administración, pues, deberá abstenerse en principio de intervenir: iniciando, o continuando si se hubiese paralizado, el procedimiento sancionador. Puede resultar, no obstante, paradójico que la Administración se vea imposibilitada de intervenir cuando quizá el resultado sancionatorio fuera más gravoso para el sujeto en vía administrativa que en

**LA CONDENA POR DELITO
EN SENTENCIA FIRME
EXCLUIRÁ
LA IMPOSICIÓN
DE SANCIÓN
ADMINISTRATIVA
POR LOS MISMOS
HECHOS QUE HAYAN
SIDO CONSIDERADOS
PROBADOS SIEMPRE
QUE CONCURRA, ADEMÁS,
IDENTIDAD DE SUJETO
Y FUNDAMENTO**

(92) Éste es el supuesto contemplado en el ATC 357/2003, que inadmitió el recurso de amparo interpuesto por un sujeto que de forma voluntaria y negligente ocultó la existencia del doble procedimiento, es decir, no lo alegó cuando tuvo oportunidad de ello, aunque no se libró finalmente de obtener una doble condena, primero administrativa y luego penal. En un caso similar, la STC 152/2001, como luego veremos, inadmitió la demanda de amparo interpuesta porque, ante la incoación de dos procedimientos paralelos: administrativo y penal, el demandante pudo y debió invocar el derecho vulnerado cuando se inició el procedimiento administrativo, y al no haberlo hecho influyó de modo decisivo en la duplicidad sancionadora.

(93) Esta regla de interrupción de la acción administrativa es la que logra instrumentalizar en la práctica, desde el punto de vista procesal, el principio *non bis in idem*; CRUZ VILLALÓN, J., “Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social”, ob. cit., págs. 31 y 32. Cabe preguntarse si sería de aplicación, para el caso de que el asunto estuviera en la vía contencioso-administrativa, el artículo 10 de la LOPJ respecto a la posible suspensión del procedimiento por causa y aplicación de la prejudicialidad penal.

(94) Claro que la Administración puede tener en cuenta, además, otros hechos sobre los que no se pronunció previamente la jurisdicción penal, como observan GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 372.

vía penal, por la eventual mayor sanción que pudiera estar prevista en aquel ámbito⁹⁵. Pero la cuestión de mayor calado en estos casos radica en la tarea que debe realizar el órgano sancionador administrativo en cuanto a la comprobación de aquella triple identidad, teniendo en cuenta que los sujetos pueden no ser coincidentes para los distintos ámbitos sancionadores, como antes se vio, que los hechos enjuiciados en vía penal difieran —aunque sea en parte— de los que baraja la Administración, y en cuanto al fundamento sancionador, tampoco resulta sencillo identificar el bien jurídico protegido o fundamento de la sanción en el caso concreto. En consecuencia, recaída sentencia penal condenatoria y admitida la triple identidad, queda excluida la posibilidad sancionadora administrativa, aunque a tenor del precepto señalado quedarán vigentes otros posibles efectos derivados de la conducta ilícita del sujeto (se mencionan en la norma la “liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, y la exigencia de reintegro de las ayudas, bonificaciones o de las prestaciones sociales indebidamente percibidas, si procediese”).

Si, por el contrario, se dictara fallo absolutorio u otro pronunciamiento que concluyera la actuación penal —sobreseimiento y archivo provisional o definitivo⁹⁶ de los autos— sin poner en duda la realidad de los hechos enjuiciados (dado que si en el fallo de la sentencia se declara la inexistencia de los hechos imputados, o en el auto de sobreseimiento —libre o provisional— se declara la inexistencia de indicios racionales sobre la perpetración de los hechos, no sería posible la incoación de un posterior expediente administrativo sobre esos mismos hechos⁹⁷), la Administración podrá iniciar o continuar el procedimiento sancionador asumiendo el planteamiento fáctico plasmado en la jurisdicción penal, es decir, quedaría vinculada por los hechos declarados probados por los órganos penales, si existen y se hicieran así constar, dado que si los hechos enjuiciados guardan relación y constituyen a la vez ilícito penal e infracción administrativa, la Administración no puede desconocer lo que ya ha sido declarado probado por los tribunales del orden penal⁹⁸. De obviarse este deber, podría incurrirse en la emisión de resoluciones contradictorias,

(95) Situación paradójica que contemplan MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AAVV (Dirs. GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario sistemático al texto refundido...*, ob. cit., pág. 90.

(96) STSJ de Navarra, C-A, de 30 de abril de 2004, EDJ 2004/53797.

(97) STSJ de Galicia, C-A, de 31 de octubre de 2002, EDJ 2002/98150. A no ser que en la vía administrativa concurrieran además otros hechos distintos a los del proceso penal, o se contara con nuevos o distintos elementos de prueba; y, en todo caso, es evidente que el órgano administrativo y el tribunal penal pueden afectar una diferente valoración jurídica de los hechos concurrentes. Podría traerse a colación aquí el artículo 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral en cuanto dispone que “Si cualquier otra cuestión prejudicial penal (distinta de la falsedad documental) diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el Juez o la Sala de lo Social la vía del recurso de revisión (...)”.

(98) Puede resultar que la resolución penal contemple la existencia de los hechos ilícitos y así lo acredite y, sin embargo, se declare la inexistencia de sujeto activo o la no imputación del sujeto o la concurrencia de alguna causa de justificación. A tener en cuenta, por otra parte, que los hechos probados a raíz del enjuiciamiento penal podrán tener un alcance distinto de los que se encuentren recogidos y tipificados en el acta de la Inspección de Trabajo origen del procedimiento sancionador y, en consecuencia, deberán ser tenidos en cuenta por el órgano administrativo sancionador. También es posible que se trate de hechos que no fueron probados, pero cuya posibilidad no niega la sentencia penal, en cuyo caso sería admisible que la Administración utilizara sus propios medios de comprobación y eventualmente resolver sancionando los mismos (como así contempla la STS de 28 de septiembre de 1984, citada por MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AAVV (Dirs. GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario sistemático al texto refundido...*, ob. cit., pág. 91). Por su parte, PÉREZ CAPITÁN, L., “La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales”, ob. cit., pág. 320, entiende como perfectamente posible la apreciación de hechos nuevos fruto de la investigación administrativa, siempre y

contrarias en todo caso al principio constitucional de seguridad jurídica⁹⁹. De esta forma lo dispone la normativa cuando señala que “de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados” (artículo 3.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000). Las normas administrativas generales disponen que “Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien” (artículo 137.2 de la Ley 30/1992). “En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que se substancien” (artículo 7.3 del Real Decreto 1398/1993).

4. EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA VERTIENTE MATERIAL O SUSTANTIVA Y LA VERTIENTE PROCESAL O FORMAL

La integración de una doble vertiente, material y formal del principio, ha tenido pacífica acogida por la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, la prevalencia de una frente a la otra ha generado problemas de orden práctico y en la interpretación de la jurisprudencia constitucional. Bien es cierto que en evitación de la doble sanción, debe recurrirse a la regla de preferencia de la jurisdicción penal sobre la actuación administrativa y, por consiguiente, cuando los hechos constituyan a la vez ilícito penal e infracción administrativa, el órgano encargado de resolver debe abstenerse de seguir el procedimiento sancionador en tanto se produce el pronunciamiento penal. Así, aunque desde el plano teórico la regla se nos presenta como sencilla de aplicar, sin embargo los problemas surgen en la práctica cuando, por el motivo que fuere, ocurre que la Administración no se inhibió y ha resuelto ya imponer una sanción sobre unos hechos que están siendo enjuiciados por los tribunales penales, siendo así que al tribunal se le presenta la disyuntiva de enjuiciar y condenar por esos hechos en orden a la prevalencia de esta jurisdicción¹⁰⁰ o, por el contrario, abstenerse de condenar para no incurrir en *bis in idem*. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Alto Tribunal en sentencias contradictorias no exentas de votos particulares, por lo que quizá el debate no esté aún cerrado, pues lo que subyace es la prevalencia de la vertiente sustantiva frente a la procesal del principio o viceversa; nos referimos a las SSTC 177/1999, de la Sala 1ª, y 2/2003, del Pleno.

cundo no entren en conflicto con los declarados en el fallo judicial, teniendo en cuenta, por lo demás, que la actuación administrativa puede versar sobre elementos no traídos a colación por innecesarios en el juicio penal.

(99) La norma no ha previsto lo que deba ocurrir en el caso de una eventual reapertura del proceso penal una vez que ya actuó el órgano administrativo reanudando la tramitación de su procedimiento y sancionando; algún autor considera que debiera anularse la sanción administrativa que se haya impuesto mientras el proceso penal se encuentra sobreseído provisionalmente; en este sentido, DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas...*, ob. cit., pág. 559.

(100) La postura mantenida por la doctrina constitucional puede resumirse en la idea de que la fuerza atractiva de la responsabilidad penal hace que la condena por delito penal no pueda quedar supeditada a la decisión que haya podido adoptar previamente una autoridad administrativa a la que la propia norma legal le está imponiendo el deber de suspender la tramitación del expediente sancionador hasta que sea resuelto el proceso judicial (ATC 1079/1997, citado en la STC 152/2001).

A) La STC 177/1999

1. El asunto objeto de esta sentencia tiene su origen en el enjuiciamiento y consiguiente condena penal por los mismos hechos sobre los que anteriormente había recaído una sanción administrativa¹⁰¹. El tribunal penal rechaza la vulneración del *non bis in idem* alegada por la parte al entender que la no paralización del procedimiento por la Administración y la imposición de la sanción no pueden significar la destipificación penal de los hechos, dada la preferencia de la vía jurisdiccional; no obstante, a fin de evitar la doble sanción por los mismos hechos, el Juzgado imputó al pago de la multa penal la cantidad antes satisfecha por la sanción administrativa. La posición de los tribunales penales en este caso, que admiten el presupuesto de la triple identidad que conlleva el principio, es la de intervenir, aun conociendo la existencia de la sanción administrativa, porque consideraran aplicable de manera ineludible la regla de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa, de forma que si la conducta del inculcado constituye delito debe irremediablemente sancionarse con la condena penal, aun cuando por razones de equidad o por aplicación de un posible principio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y la respuesta punitiva, se descuenta la sanción administrativa de la pena impuesta para intentar soslayar la doble sanción. Entiende la parte que recurre en amparo que la duplicidad de reproches, administrativo y penal, constituye *bis in idem*, sin que a ello obste el hecho de que la condena penal fuera rebajada en atención a la previa sanción administrativa. El Ministerio Fiscal entiende de contrario que no hay tal vulneración, siendo correcta la actuación del orden penal y, en todo caso, incorrecta la actuación de la Administración, que debió abstenerse y haber respetado la preferencia de la jurisdicción penal. El Tribunal Constitucional otorga el amparo, reconociendo la vulneración del “derecho fundamental del demandante a la legalidad penal y sancionadora en su vertiente del derecho a no ser doblemente sancionado por unos mismos hechos (artículo 25.1 CE)” y, en consecuencia, declara la nulidad de las resoluciones penales condenatorias (del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial confirmatoria de la anterior).

La doctrina sentada por el TC, que supuso un punto de inflexión respecto a la pauta interpretativa seguida hasta entonces, es la de que impuesta una previa sanción, tanto sea de índole penal como administrativa, resulta improcedente y no cabe superponer o adicionar otra sanción distinta sin vulnerar el núcleo esencial del derecho fundamental; y para ello se basa en que la interdicción del *bis in idem*, como derecho fundamental del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva del Estado, no puede depender del orden de preferencia entre los poderes legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador, ni aún menos de una eventual inobservancia por la Administración de esta regla de preferencia, que “ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental” (FJ 3º). La atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento

(101) Fue la Administración la que inmediatamente después de emitir resolución sancionadora, puso los hechos en conocimiento de la jurisdicción penal a efecto de la existencia de posible delito, aunque la comunicación del tanto de culpa al Ministerio Fiscal debió producirse con anterioridad al momento de resolver el expediente.

de los hechos que pudieran en principio constituir delitos o faltas, tiene su razón en la competencia exclusiva de estos órganos para enjuiciar y penar estas conductas delictivas, pero no en “un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el texto constitucional” (FJ 4º). De ello se colige que la prioridad debe atribuirse al plano sustantivo por encima del procedimental, que no puede ser interpretado en oposición al material o sustantivo por ser éste el que otorga seguridad jurídica y “el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego” (FJ 4º). Es decir, que el carácter de instrumental que debe predicarse del orden de preferencia y de la atribución primordial al orden penal del enjuiciamiento de ciertos hechos, no puede servir para eliminar las consecuencias de la vertiente material del principio de interdicción de la doble sanción o doble reproche punitivo; igualmente, admitir la prevalencia absoluta y en todo caso del proceso penal conllevaría necesariamente la admisión del doble enjuiciamiento, vulnerando claramente también el lado procesal del *non bis in idem*.

2. Como antes apuntábamos, esta sentencia contiene un voto particular que formulan conjuntamente dos Magistrados, los cuales no comparten la concepción de la sentencia sobre la vertiente procedimental del principio *non bis in idem* en relación con la relevancia que debe asumir la reacción penal frente a los hechos ilícitos. Entienden que la sentencia “invierte las relaciones entre el Poder judicial y Administraciones sancionadoras que se desprenden del diseño constitucional” y que era asumida pacíficamente desde el inicio por la jurisprudencia constitucional, olvidando que la Constitución impone unos límites precisos a la potestad sancionadora administrativa. La idea subyacente había sido la de subordinación de los actos administrativos sancionadores a la autoridad judicial, lo cual exige que “la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera” (criterio mantenido desde la STC 77/1983). Si se impide la actuación de la jurisdicción penal cuando existe una previa sanción administrativa –criterio de la sentencia frente a la que se disiente–, se está blindando a los ciudadanos ante la ley penal por el hecho de haber sufrido una multa administrativa y resolviendo “en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal”; con ello, opinan, “se rompe la estructura básica del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución”.

**LA DOCTRINA SENTADA
POR EL TC ES LA DE QUE
IMPUESTA UNA PREVIA
SANCIÓN RESULTA
IMPROCEDENTE
Y NO CABE ADICIONAR
OTRA SANCIÓN
DISTINTA SIN VULNERAR
EL NÚCLEO ESENCIAL
DEL DERECHO
FUNDAMENTAL**

3. La doctrina que ofrece la STC 177/1999, ampliamente criticada por trastocar el sistema vigente de garantías procesales, fue luego mitigada en su aplicación por alguna sentencia posterior que matiza el criterio adoptado, ante el peligro manifiesto de abuso por parte de los sujetos imputados doblemente en los procedimientos sancionadores y procesos penales, que vieron abierta la puerta a sus pretensiones de conseguir una menor condena, pues la doctrina emanada de la sentencia constitucional eliminaba cualquier preferencia en la actuación de los distintos órdenes punitivos para hacer valer la sanción impuesta en primer lugar. Tal es el caso de la STC 152/2001, cuando exige la concurrencia de buena fe en el comportamiento procesal del interesado, que sabedor de la existencia de dos procedimientos debe invocar la lesión constitucional “tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ella”, sin que pueda admitirse una demora conscientemente tardía y, por tanto inaceptable, en la alegación¹⁰². En consecuencia, no puede otorgarse amparo al que actuando con negligencia busca deliberadamente la vulneración formal o procesal del *non bis in idem* para luego alegar su vertiente sustantiva e impedir así la doble sanción. A juicio del Tribunal, “El planteamiento del recurrente supone, de prosperar, que el efecto de la aplicación del principio *non bis in idem* en el sentido reclamado sería el de limitar el gravamen punitivo de su conducta a un nivel muy inferior al que hubiera sido posible, de haberse ejercitado la potestad punitiva penal como única, cual era obligado según el régimen legal vigente en el caso de confluencia entre la potestad administrativa sancionadora y la potestad punitiva penal. En otros términos, que la sanción administrativa más exigua, incorrectamente impuesta y tolerada con su pasiva actuación, le servía de escudo frente a la correcta imposición de la sanción penal más grave” (FJ 3º).

B) La STC 2/2003

1. Emitida por el Pleno para revisar la doctrina contenida en las anteriores SSTC 177/1999 y 152/2001, sienta el criterio ya apuntado en el voto particular formulado en la STC 177/1999 por quien ahora actúa como ponente. Se parte de la admisión de la demanda de amparo aun cuando se alega por el Ministerio Fiscal que el demandante actuó de mala fe en su comportamiento procesal por haber invocado tardíamente la lesión de su derecho a no ser doblemente sancionado (caso prácticamente idéntico al de la STC 152/2001); y tal admisión se produce porque se considera que la Administración tenía constancia de la existencia del proceso penal y pudo haber evitado la vulneración del derecho suspendiendo su procedimiento, sin que esta falta pueda imputarse a la pasividad del denunciado y posteriormente sancionado¹⁰³. No obstante, nos queda la duda sobre la eventual inadmisión si, constando la inactividad informativa del sujeto, aunque

(102) El recurrente había actuado de forma negligente, pues conocía el inicio y desarrollo en paralelo de los dos procedimientos y no solicitó la paralización del expediente administrativo, alegando la existencia del proceso penal, ni comunicó al órgano penal la coexistencia de aquél. Esta conducta iba encaminada obviamente a conseguir una menor condena, dejando que la Administración sancionara y aduciendo luego ante el órgano penal la vulneración de su derecho en su vertiente material.

(103) La Administración tenía noticia de la incoación del proceso penal desde la formulación del pliego de cargos, aunque por error consideró que se había dictado sentencia penal absolutoria, cuando no era así. Por su parte, el denunciado no alegó el posible *bis in idem* hasta la interposición del recurso ordinario en la vía administrativa y hasta el juicio oral en el proceso penal, momento que el TC considera apropiado en orden a la diligencia procesal del sujeto.

sea relativa como es el caso, la Administración no hubiera tenido conocimiento por otros medios de la existencia del paralelo proceso penal. El Tribunal deniega el amparo considerando que el demandante no ha sufrido “materialmente” exceso punitivo alguno, toda vez que el órgano penal tomó en consideración la sanción administrativa impuesta para su descuento de la pena y libró testimonio a la Administración para que dejara sin efecto cualquier anotación o consecuencia posterior que la sanción administrativa pudiera tener en el expediente del condenado; lo que permite concluir que “no ha habido duplicidad –bis– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el artículo 25.1 CE”. Para llegar a esta conclusión, entrando en el fondo del asunto, considera el Tribunal que la vulneración del *non bis in idem* en su vertiente material requiere “la efectiva reiteración sancionadora y no basta la mera declaración de imposición de la sanción” y, por otra parte, afirma tajantemente la prevalencia de la jurisdicción penal: “la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en los casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal”, principio de prevalencia que parece tener prioridad incluso sobre la aplicación de la vertiente procesal del *non bis in idem*, es decir, sobre la prohibición del doble enjuiciamiento¹⁰⁴ y, por ende, relativizando e incluso vaciando de contenido aquella vertiente procesal.

2. La sentencia se plantea si ha habido o no reiteración punitiva al darse el doble enjuiciamiento, a la vista de que la condena penal tuvo en cuenta la sanción administrativa y procedió a su descuento, entendiendo que la existencia de esta reiteración y consiguiente exceso punitivo es lo realmente proscrito por el artículo 25.1 CE, y concluye que no, pues aunque se dé la reiteración procesal y se desconozca el efecto de cosa juzgada de la previa resolución administrativa sancionadora, de tales extremos “(no) deriva con carácter automático la lesión de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador” (FJ 6º), pues *materialmente* sólo se ha impuesto una sanción: la penal, que subsume el contenido de la administrativa. Pero no es sólo que la condena penal descuenta la sanción administrativa, sino que debe además procederse, a juicio del Tribunal y como se hizo en la instancia penal, a eliminar todo efecto o consecuencia negativa (por ejemplo, para la eventual reincidencia o reiteración de conductas infractoras administrativas) que pudiera derivarse en el futuro de la existencia de aquella sanción¹⁰⁵. En el caso enjuiciado no existe reacción punitiva desproporcionada porque no ha habido nueva sanción penal que se acumule o adicione a la previa administrativa, ni se ha superpuesto una condena posterior sobre la anterior existente, aunque sí concurre un “doble reproche afflictivo” que no supone vulneración del principio porque no deriva en reiteración sancionadora. Es doctrina del Alto Tribunal, por tanto, que “no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa

(104) Solución criticada por la doctrina, así, ALONSO MÁZ, M.J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., pág. 12, entendiéndose que este criterio supone “anteponer una garantía de carácter organizativo y procedimental a la vertiente sustantiva de un derecho fundamental”.

(105) Resulta desde luego difícil de compartir este criterio (desde luego ajeno y sin base en la Ley Orgánica del Poder Judicial), que supone una injerencia gratuita del juez penal en el ámbito de la actuación administrativa sin que se alcance a comprender cuál pueda ser el fundamento de la competencia de aquel órgano jurisdiccional para actuar en este sentido, es decir, anulando las resoluciones administrativas y privando de eficacia a un acto administrativo firme; y en este sentido se expresa el voto particular que acompaña a la sentencia cuando afirma que “es sumamente cuestionable que la jurisdicción penal tenga facultades para invalidar o dejar ineficaces resoluciones administrativas firmes, incluidos los antecedentes que de las mismas se derivan”. También es de esta opinión, ALONSO MÁZ, M.J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., págs. 19 y 65 y ss.

sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento” (FJ 6º), concluyendo que no existe reiteración sancionadora (bis) con el alcance de vulnerar el derecho a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos con el mismo fundamento. Pero a mi juicio lo que ocurre, sin embargo, es que más bien parece que se está asumiendo como correcta una actuación del Tribunal penal que fue emitida con la vista puesta principalmente en no vulnerar el principio de proporcionalidad de las sanciones más que en la evitación del *bis in idem*.

3. Por otra parte, el Alto Tribunal examina si en el caso que se le presenta, la doble sustanciación de procedimientos –administrativo y penal– constituye una vulneración del derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador, partiendo del hecho de que la resolución administrativa sancionadora no fue recurrida y, por tanto, no existe sentencia del orden contencioso-administrativo: cuestión de la que no se alcanza a comprender su importancia toda vez que, tras este apunte de su existencia, casi nada más se dice en la sentencia sobre su alcance o importancia. Lo que señala la sentencia es que la vulneración de la cosa juzgada, como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, requiere el desconocimiento de lo resuelto en una “resolución judicial firme” dictada sobre el fondo del asunto, siendo así que el efecto de cosa juzgada es predicable tan sólo de las resoluciones judiciales (y aquí no hubo sentencia del orden contencioso-administrativo). No obstante, aunque a juicio del Tribunal en la regulación actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de la prohibición constitucional del *bis in idem*, la sentencia admite que en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal –por los mismos hechos y con el mismo fundamento– puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso; tal es así cuando el procedimiento administrativo venga rodeado de un cierto grado de complejidad y cuando la sanción a imponer lo sea de una cierta naturaleza y magnitud: en tales supuestos estaríamos ante un procedimiento equiparable a un proceso penal (FJ 8º). Sin embargo, todo este razonamiento no parece tener mayor importancia a la hora de fundamentar el fallo (a no ser una brevísima referencia *in fine* a la sencillez del procedimiento administrativo y de la propia infracción administrativa), pues lo verdaderamente importante para que exista *bis in idem* es que los dos procedimientos –administrativo y penal– se hayan “sustanciado con las debidas garantías”, cosa que no ocurre en el caso enjuiciado, donde al tramitar el procedimiento administrativo no se respetó la prevalencia del orden penal y, en consecuencia, al no haberse tramitado con esas debidas garantías, nada impide un segundo procedimiento sancionador (FJ 8º)¹⁰⁶.

Se considera, por tanto, que no hay tampoco lesión del derecho a no ser sometido a un doble procedimiento ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equipara-

(106) No puede compartirse esta afirmación de la sentencia que permite el doble enjuiciamiento con tal de que en el procedimiento anterior hubiera irregularidades, por importantes que éstas fueran, pues si se ha vulnerado alguna de las garantías constitucionales, la vía de impugnación en amparo quedaría expedita, lo que no ocurre en este caso en donde lo que se impugna no es la resolución administrativa, sino la actuación penal y su consecuencia.

ble a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental. Sin embargo, el fundamento que ofrece la sentencia en este punto no parece completamente acertado y sí, por el contrario, confuso e impreciso y poco convincente, porque si el criterio absoluto de prevalencia penal conlleva la necesaria suspensión del procedimiento administrativo y, en consecuencia, el enjuiciamiento penal podrá llevarse a cabo aunque se haya concluido un procedimiento administrativo previo (que obviamente no respetó el deber de suspensión), y si ésta es —como es— la doctrina clara del Tribunal, ¿qué importancia tiene la existencia o no de una previa resolución judicial del orden contencioso-administrativo?, o ¿qué importancia la enjundia o complejidad del procedimiento administrativo o la categoría y magnitud de la sanción a imponer a que la sentencia alude? ¿Quiere el Tribunal decir que los efectos de la cosa juzgada y, por tanto, la prohibición del segundo enjuiciamiento sí deberían atenderse de haberse dado una previa sentencia del orden contencioso o si la infracción y sanción administrativa lo fueran de elevada importancia?, porque nada de esto se razona ni se fundamenta, por el contrario, en el FJ 6º de la sentencia, se alude a los efectos de cosa juzgada de las resoluciones administrativas sancionadoras sin más precisiones. En consecuencia, tal parece que el Tribunal, en su defensa de la preferencia absoluta del enjuiciamiento penal (cuestión que parece ser el leitmotiv de toda la construcción argumental de la sentencia¹⁰⁷), considere admisible el doble enjuiciamiento en “todos” los supuestos porque, aunque haya intervenido previamente la Administración sancionadora —que nunca debe hacerlo so pena de vulnerar aquella preferencia—, la puerta del orden penal siempre estará abierta para que desarrolle su proceso y, en ningún caso, se habrá vulnerado la prohibición del doble proceso como integrante de la interdicción del *bis in idem* ya que sólo la infracción penal es realmente aplicable.

4. La sentencia, como ya se apuntó, contiene un voto particular disidente formulado por quien fuera ponente de la anterior STC 177/1999, voto que asume y reitera el criterio doctrinal vertido mayoritariamente en aquella resolución. A juicio del Magistrado firmante, el principio de prevalencia del orden penal tiene su verdadera manifestación en la vinculación de la Administración sancionadora a los hechos probados declarados en la vía penal; mientras que la paralización de la actuación

**LO IMPORTANTE
PARA QUE EXISTA
BIS IN IDEM
ES QUE LOS DOS
PROCEDIMIENTOS
—ADMINISTRATIVO
Y PENAL— SE HAYAN
SUSTANCIADO
CON LAS DEBIDAS
GARANTÍAS**

(107) Habría que ver el valor de esta construcción sobre la prevalencia del orden penal como parte fundamental del *non bis in idem* cuando el supuesto de hecho estuviera referido a una duplicidad de procedimientos y sanciones administrativas. Lo que resulta, de acuerdo con ALONSO MÁS, M.J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., pág. 53, es que la preferencia del orden penal sólo tiene un carácter accesorio y no esencial.

administrativa no tiene otra finalidad que la de impedir una sanción que *prima facie* puede constituir infracción penal y ser enjuiciada por los tribunales que tienen competencia exclusiva para ello. La precedencia del orden penal no puede ser el argumento que impida la aplicación del *ne bis in idem*, pues el eventual incumplimiento por la Administración de su deber de paralización del procedimiento no puede derivar en consecuencias dañosas para el administrado que actúa de buena fe.

5. LA INSOSTENIBLE JUSTIFICACIÓN DE LA REGLA DE PREVALENCIA ABSOLUTA DEL ENJUICIAMIENTO PENAL SOBRE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

La doctrina del Tribunal Constitucional, ante la posible colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa en el enjuiciamiento de unos mismos hechos, se decantó desde el inicio, como hemos visto reiteradamente, por otorgar preferencia a la jurisdicción penal, y a la sanción penal, sobre la actuación sancionadora de los órganos de la Administración. En este sentido, se puso de manifiesto que la potestad sancionadora administrativa debía someterse a las necesarias cautelas en orden a la preservación y garantía de los derechos de los ciudadanos y a los límites que dimanaban del principio de legalidad ex artículo 25 de la Constitución. Se señaló que dentro de los límites impuestos por dicho precepto, la potestad administrativa sancionadora está sujeta¹⁰⁸: 1) a la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad en una norma de rango legal —se apostilla aquí, sin explicación alguna, el carácter excepcional de los poderes sancionatorios en manos de la Administración, cuando es precisamente su normalidad lo que se deduce de la propia Constitución—; 2) a la interdicción de las penas privativas de libertad; 3) al respeto de los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 CE; 4) a la subordinación frente a la Autoridad judicial. Y esta subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera, de lo que resultan las siguientes consecuencias: a) el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada, entendiendo que en su efecto positivo lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y en su efecto negativo determinando la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. En resumen, la vigente doctrina constitucional “se concreta en la regla de preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también

(108) Siguiendo la STC 77/1983, FFJJ 2º, 3º y 4º.

de delito o falta según el Código Penal”¹⁰⁹, siendo así que la Administración, por este principio de prevalencia absoluta, debe paralizar cualquier procedimiento, de manera que “la pendencia del proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos”¹¹⁰.

Ahora bien, en modo alguno queda claro cuál sea el soporte constitucional de la afirmación contenida en dicha regla, del porqué de esta preferencia del orden penal sobre la actuación administrativa sancionadora¹¹¹. Al parecer, se ha mantenido la inercia de un razonamiento según el cual se trataría de impedir la disparidad en la observación, apreciación y tratamiento de unos mismos hechos por dos órganos diferentes, uno penal y uno administrativo en nuestro caso, que pudieran enjuiciar simultánea o sucesivamente los mismos. Criterio que fue tempranamente adoptado por el Tribunal Constitucional y a cuyo tenor “es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”¹¹²; sin embargo, el diferente tratamiento sobre unos mismos hechos pudiera tener lugar y ser admisible si los elementos probatorios y la percepción y valoración de los mismos fueran distintos para cada órgano que deba resolver. Los problemas prácticos que se plantean son importantes, dado que puede ocurrir que la Administración considere en su resolución que los hechos infractores no existieron y, en este caso, ¿podrá la jurisdicción penal decir lo contrario en una actuación posterior?; o que sea una sentencia del orden contencioso-administrativo la que estime aquella inexistencia anulando la resolución sancionadora y, en este caso, ¿deberá aplicarse la cosa juzgada en un ulterior procesamiento penal si lo hubiera?; ¿podría existir doble enjuiciamiento si el orden contencioso declara probados los hechos infractores pero no se impone sanción –por ejemplo, por incorrecta determinación en vía administrativa del sujeto imputado?

Se ofrece asimismo justificación en base a la *vis attractiva* que ejercen los procesos penales frente a los demás procesos judiciales o procedimientos administrativos sancionadores para el caso de existir indicios de criminalidad¹¹³, de forma que la actuación sancionadora administrativa debe ceder ante la actuación de los tribunales¹¹⁴, que debe ser considerada

(109) STC 2/2003, FJ 3º.

(110) STC 152/2001, FJ 3º.

(111) La doctrina administrativista se ha mostrado muy crítica al respecto de esta preferencia; así, GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, que parten de la negación de la constitucionalización del *non bis in idem*, y señalan que no hay base alguna para sostener que la justicia penal deba prevalecer sobre la justicia civil, laboral o administrativa, que –en el fondo– es tanto como decir que la ley penal ha de prevalecer sobre las restantes leyes; cfr. págs. 2941 y ss. Por su parte, NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., pág. 477, entiende que el verdadero problema es de política legislativa, por lo que el Estado tiene que preguntarse, cuando decide reprimir un hecho, si es conveniente tipificarlo como delito o como infracción administrativa, siendo éste el único medio de evitar que las dificultades se trasladen a los Tribunales y a la Administración a la hora de aplicar normas sancionadoras superpuestas. De opinión parecida, PÁRAMO MONTERO, P., “Puntos conflictivos en torno al poder sancionador...”, ob. cit., págs. 48 y ss., para el que la concurrencia sancionadora administrativa y penal resultaría ser un fracaso del legislador.

(112) STC 77/1983, FJ 4º; STC 107/1989, de 8 de junio, FJ 4º.

(113) La doctrina laboralista parece aceptar sin mayor crítica esta posición, así, SEMPÉRRE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en AAVV (Coord. SEMPÉRRE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, ob. cit., pág. 72; asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AAVV (Dir. GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario sistemático al texto refundido...*, ob. cit., pág. 80.

(114) BLASCO PELLICER, A., “Las infracciones en el orden social (Un análisis de las disposiciones generales del TRLISOS)”, *Justicia Laboral*, núm. extraordinario 2001, pág. 60.

preferente por la posición privilegiada de aquéllos tal como resulta del artículo 117 de la Constitución¹¹⁵. Y es cierto que los órganos jurisdiccionales del orden penal tienen atribuida la competencia exclusiva para el enjuiciamiento de las conductas tipificadas que constituyan delito o falta, y quizá por ello se entiende que al constituir también tales conductas posibles infracciones administrativas, la intervención de aquella jurisdicción se muestre como prioritaria; pero este razonamiento carece de un sustento efectivo que lo convierta en principio de carácter absoluto, primero porque el orden sancionador administrativo aparece como especializado respecto de los hechos que tipifica como infracciones —como específicas son las normas administrativas que resulten de aplicación— y, segundo, porque las sanciones a imponer son en muchos casos (cuando se trata de penas pecuniarias) de mayor entidad que las que comporta el orden penal¹¹⁶; podríamos aún añadir que a veces la reacción punitiva penal, aunque responda a una conducta claramente tipificada, podría resultar innecesaria y a veces desmedida o desproporcionada cuando con la reacción sancionadora administrativa resultara suficiente para cumplir con la finalidad ejemplarizante y retributiva de las penas. Pero también cabe la duda sobre la eficacia que la actuación penal pueda tener en la prevención de riesgos laborales, en cuanto efecto disuasorio de conductas incumplidoras¹¹⁷. Lo que resulta claro es que el ejercicio de la potestad punitiva del orden penal no se basa en un “abstracto criterio de prevalencia absoluta sobre la potestad sancionadora de la Administración”¹¹⁸, pues ambas encuentran respaldo constitucional; es más, desde la publicación de la Constitución la potestad sancionadora administrativa, que cuenta con un fundamento y sustantividad propios, se ha reforzado y, en todo caso, de lo que se trata es de establecer sistemas de coordinación entre los distintos ámbitos punitivos del Estado, penal y administrativo, que respeten los criterios de atribución de competencia en cada uno de ellos. Puede que la solución adoptada en la STC 177/1999 no fuera tan descabellada, dado que sin negar el criterio genérico de prevalencia de la jurisdicción penal (de la que se predica el carácter instrumental respecto del valor sustancial y centralidad que debe otorgarse a la vertiente material del *non bis in idem*) para el enjuiciamiento y condena de las conductas que resulten *prima facie* delictivas, cuando se produce una sanción administrativa el orden penal debiera abstenerse so pena de vulnerar el contenido sustancial del derecho a no ser doblemente sancionado¹¹⁹. Y no cabe duda de que así quedaría a salvo el principio

(115) TOLOSA TRIVIÑO, C., *Prontuario de seguridad y salud laboral...*, ob. cit., pág. 257.

(116) De acuerdo con el *TRLISOS*, la cuantía de las sanciones por infracción de normas laborales puede llegar a los 90.000 euros, y hasta 600.000 euros por infracción de normas de seguridad y salud laboral. Y es evidente que la elevada cuantía de estas sanciones serviría perfectamente al efecto admonitorio que se pretende con el castigo, sirviendo como elemento persuasivo y de impedimento de posteriores conductas infractoras, sobre todo en materia de prevención de riesgos laborales. Como señala PURCALLA BONILLA, M.A., “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores...”, ob. cit., pág. 1664, “continúa siendo una auténtica invitación a tentar la suerte para los empresarios el que se les aplique el entramado penal, que en términos exclusivamente económicos es más beneficioso que la sanción administrativa”. Para NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., pág. 497, “cuando las sanciones administrativas son más duras que las penas, para lo que sirve la condena criminal es, en el fondo, para reforzar la inmunidad del infractor”.

(117) Escéptico se muestra PURCALLA BONILLA, M.A., sobre la eficacia *ex ante* (cuando aún no se ha producido el resultado lesivo) de la tutela penal en materia de seguridad y salud laborales; “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores...”, ob. cit., pág. 1661.

(118) STC 177/1999, FJ 4º.

(119) Criterio al que claramente se opone la STC 2/2003, FFJJ 9º y 10º.

de seguridad jurídica, por cuanto el sujeto sancionado tendría la certeza de no sufrir otro castigo posterior toda vez que la posibilidad punitiva quedaría agotada para el caso concreto: se cumple mejor con este principio cuanto mayor sea la previsión de las consecuencias que para el interesado resulten de su conducta. En este sentido, ante el problema del eventual abuso de los mecanismos procesales por parte de los sujetos imputados en los procedimientos sancionadores, pudiera aplicarse la doctrina de la buena fe procesal exigiendo a los sujetos la puesta inmediata en conocimiento de los órganos actuantes de la existencia de una dualidad procedimental que pudiera dar lugar a *bis in idem*, en caso contrario la doble sanción que recayera por la conclusión de ambos procedimientos debiera ser asumida sin más por el sujeto que actúa de mala fe en atención a su reproducible conducta (criterio de la STC 152/2001). No estamos defendiendo un simple criterio cronológico de aplicación que determine la eficacia y validez del procedimiento y sanción que ocurran en primer lugar (prioridad en cuanto al momento de inicio del procedimiento), sino que ante la existencia de una sanción administrativa firme (incluso impuesta con violación del procedimiento), admitir el segundo procesamiento penal y eventual condena (aunque no haya *bis* sancionador en términos constitucionales) obligaría al sujeto a tolerar una reiterada actividad de enjuiciamiento que no debería soportar y se vulnera la vertiente procesal del *non bis in idem*¹²⁰; en otros términos: de admitir el criterio de prevalencia penal, habría de hacerse no en términos absolutos, sino con la flexibilidad suficiente que permita acoger, para casos concretos, la aplicación de otras reglas alternativas, como la cronológica¹²¹.

Por otra parte, el criterio de absoluta prevalencia del orden penal nos conduce de hecho a una situación paradójica cuando, teniendo potestad para ello, la Administración haya incoado su procedimiento y resuelto sancionar la conducta sin tener noticia de la existencia de un procedimiento penal abierto sobre los mismos hechos y sin que, en principio, haya considerado los mismos como constitutivos de delito o falta. En este caso en que la Administración no suspendió su procedimiento, el

**AUNQUE LA NORMA
ESTABLECE CLARAMENTE
UN CRITERIO
FUNDAMENTAL
DE ACTUACIÓN PARA
NO CAER
EN LA DUPLICIDAD
SANCIONADORA,
NO ES SENCILLO
COORDINAR
LA ACTUACIÓN
DE LOS ÓRGANOS
ADMINISTRATIVOS
Y DE LA JURISPRUDENCIA
PENAL PARA EVITARLA**

(120) Podría acudirse también, en lo que fuera aplicable, a criterios similares a los establecidos en la doctrina penalista sobre el concurso de normas; de esta opinión, DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas...*, ob. cit., pág. 587; ALONSO MÁS, M.J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., pág. 61, que añade también el criterio de la especialidad, como ha recogido el Tribunal Constitucional en algún pronunciamiento como las SSTC 38/1988 y 157/1996, citadas por la autora; aunque en definitiva, parece decantarse por el criterio cronológico por ser, aunque no exento de inconvenientes, el que mejor se ajusta a las exigencias de la seguridad jurídica, ob. cit., pág. 63.

(121) También de esta opinión, ALONSO MÁS, M.J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., pág. 64. A juicio de NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., págs. 490 y 491, el criterio cronológico resultaría sencillo y lógico y es el que parece desprenderse del artículo 133 de la LRJAP y PAC.

órgano penal se encuentra en una difícil situación para la que no hay prevista una expresa solución legal: atendiendo a la regla de preferencia absoluta del orden penal tendría que actuar enjuiciando y eventualmente condenando la conducta penalmente tipificada como delito o falta, pero sería consciente de que tal condena podría constituir una reiteración sancionadora que vulnera el *non bis in idem*¹²². Pero el Tribunal Constitucional —que se ha planteado la cuestión aunque no la enjuicia, entendiéndolo en todo caso imputable a la Administración¹²³ y no a la posterior actuación penal la vulneración del *non bis in idem*—, no aporta solución al problema, remitiendo al legislador ordinario que es quien debe establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento¹²⁴. No obstante, aunque la norma establece claramente un criterio fundamental y básico de actuación para evitar la duplicidad sancionadora, lo cierto es que en la práctica no resulta tarea sencilla coordinar la actuación de los órganos administrativos y de la jurisdicción penal en orden a evitar aquella duplicidad. Existe ciertamente una clara y rotunda exigencia legal por la cual el órgano administrativo debe paralizar el procedimiento (*se abstendrá*) y dar cuenta (*comunicará*) al Ministerio Fiscal cuando “entienda que las infracciones pueden ser constitutivas de delito” (artículo 3.2 TRLISOS), y más recientemente —con la Ley 54/2003— se ha introducido una obligación semejante para el Ministerio Fiscal, que “*deberá notificar en todo caso a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción*” (artículo 52.3 TRLISOS)¹²⁵. Por tanto, el deber de colaboración y la exigencia de coordinación aparecen más claros aún después de la última reforma de 2003 que, no olvidemos, ha venido a endurecer ciertamente el régimen administrativo sancionador en materia de seguridad y salud laboral. Lo que ocurra en la práctica dependerá de los protocolos y reglas de actuación de los agentes jurídicos encargados del cumplimiento de aquellas obligaciones y de los criterios que puedan establecerse para la efectiva comunicación y coordinación entre dichos agentes¹²⁶.

(122) Algunos pronunciamientos judiciales zanján la cuestión imponiendo la condena correspondiente y aduciendo que los efectos que produzca tal resolución respecto al principio *non bis in idem*, exceden del ámbito del recurso que enjuician; tal es el caso de la SAP de Cádiz, de 10 de noviembre de 2000, JUR 2001\48498.

(123) Lo único que procede en estos casos, la única vía de solución —si así puede denominarse—, sería el recurso extraordinario a la revisión administrativa de la resolución sancionadora (artículo 118 de la Ley 30/1992), aportando como nuevo documento la sentencia condenatoria del orden penal, es decir, una nueva actuación gratuita a la que se fuerza al sujeto.

(124) STC 2/2003, FJ 6º.

(125) A juicio de PÉREZ CAPITÁN, L., este párrafo tercero que se adiciona al artículo 52 TRLISOS, resulta una adición lógica por cuanto hasta ahora el procedimiento resultaba incompleto, en “Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales”, *Justicia Laboral*, núm. 16, noviembre 2003, pág. 34.

(126) A este respecto cabe hacer referencia a la Instrucción de la Fiscalía General de Estado 1/2001, citada (comentarios de TIRADO ESTRADA, J.J., en el núm. 11 de *La Revista*, zurichprevencion.com de mayo de 2003) y a la Instrucción de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social núm. 104/2001, de 14 de junio, sobre relaciones de la Inspección con la Fiscalía en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral. En todo caso, los problemas prácticos que pueda generar la falta de coordinación entre los órganos intervinientes pueden ser de hondo calado, llegando incluso a quedar inoperante la sanción administrativa en el supuesto de tardía comunicación del órgano judicial, como en el caso en que debe apreciarse la caducidad del procedimiento por resolución administrativa extemporánea debido a la demora en notificar la resolución judicial (ver STSJ de Madrid, C-A, de 23 de septiembre de 2004, EDJ 2004/188698).

Así las cosas, la aplicación acrítica del criterio de prevalencia penal absoluta admitido por el Alto Tribunal cuando uno de los órganos del Estado, aún actuando contra el marco legal, ha impuesto una sanción administrativa, evidencia que el Estado mantiene indemne su potestad punitiva aunque se haya vulnerado la legalidad por el propio Estado en una actuación que, a la postre, hará recaer las consecuencias negativas sobre el propio sujeto imputado. Y esto es inadmisibile en cuanto que de lo que se trata es de garantizar el equilibrio entre un derecho fundamental —derecho a la legalidad penal y sancionadora— y el ejercicio de la función punitiva del Estado cuando ocurre que éste actuó indebidamente sancionando a través de sus órganos administrativos. Entendemos que el verdadero sentido del criterio de la preferencia o prevalencia de la jurisdicción penal, su verdadero alcance, se encuentra —aparte, obviamente, en la competencia exclusiva de enjuiciamiento de las conductas que puedan ser constitutivas de falta o delito— en la obligatoriedad que impone a la Administración sancionadora de vinculación a los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme¹²⁷.

Tampoco resulta fácilmente asumible esta regla de preferencia del orden penal en base a la doctrina según la cual la declaración de responsabilidad por infracción administrativa tiene lugar en el seno de un procedimiento de menor contenido garantista que el penal, en el que el derecho a un proceso con todas las garantías viene perfectamente determinado¹²⁸. Y ello es así por cuanto es indudable que en el procedimiento administrativo sancionador se encuentran presentes todas las garantías, tanto de orden sustantivo como procedimental en cumplimiento de la legitimidad constitucional (al menos en lo que supone la esencia de los principios sancionadores del *ius puniendi* del Estado), aunque deban estarlo de forma matizada por la posición jurídica de la Administración y la propia naturaleza de la actuación administrativa, como así lo señala el propio Tribunal Constitucional¹²⁹; y en este sentido, no puede negarse en aquella actuación el escrupuloso sometimiento al principio de legalidad, la separación de las fases instructora y resolutoria, la interdicción de la analogía, el acceso a los recursos y a la jurisdicción, la presunción de inocencia¹³⁰, la participación del imputado en su defensa o la valoración de las pruebas de acuerdo a la lógica y la experiencia y con total garantía de imparcialidad¹³¹. Pensar lo contrario sería tanto como consentir la arbitrariedad en la actuación administrativa, pues aunque esta actuación se diferencia de la penal en la ausencia de oralidad y publicidad del procedimiento, no cabe de ello deducir una suerte de oscurantismo en el devenir de la actuación administrativa sancionadora en

(127) En este sentido se expresa el voto particular emitido en la STC 2/2003.

(128) Cfr. STC 2/2003, FJ 3º.

(129) STC 76/1990, de 26 de abril.

(130) Es doctrina constitucional que el derecho a la presunción de inocencia rige sin restricciones en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 170/1990 y 212/1990, ambas citadas por la STC 2/2003, FJ 10º). Presunción de inocencia y presunción de veracidad de las actas no resultan incompatibles desde la óptica constitucional: STC 76/1990 y ATC 7/1989, de 13 de enero.

(131) En el procedimiento sancionador por infracción de normas laborales, las actas de la Inspección de Trabajo sólo tendrán la consideración de prueba de cargo si no hubiera alegaciones ni propuesta de elementos probatorios por parte del imputado, en otro caso, aunque gozan de la presunción de veracidad, el órgano resolutorio debe hacer una justa valoración del contenido del acta en contraposición a las pruebas presentadas de contrario. No puede admitirse, a mi juicio, que el órgano administrativo que sanciona valora las pruebas con una especie de “imparcialidad mitigada” en relación a los órganos penales (como así apunta la STC 2/2003, FJ 10º), pues la imparcialidad no admite modalización: existe o no existe. Por otra parte, resulta comúnmente admitido que en los procedimientos sancionadores la carga de la prueba corresponde siempre a la Administración que formaliza la imputación.

contra de los derechos del ciudadano imputado por la comisión de una infracción¹³². En la doctrina constitucional lo que se dice es que no se puede imponer una sanción penal sin proceso oral y público, no que estos elementos sean indispensables para la validez y eficacia de la actuación administrativa sancionadora, cuya naturaleza, siendo evidentemente distinta de la penal, goza igualmente del soporte y legitimidad constitucional como una de las variantes del *ius puniendi* del Estado. Pero aún admitiendo aquella regla de preferencia de la vía penal en cuanto pueda ofrecer mayor garantía al imputado, lo cierto es que la consecución de esa mayor garantía en abstracto, incoando a toda costa un proceso penal con resultado de condena cuando la sanción administrativa ha podido estar ya ejecutada, no puede volverse en contra del derecho material del sujeto¹³³; es decir, la necesidad jurídica de aplicación de mayores garantías al sujeto, no puede resultar contraria a la defensa de sus propios y particulares intereses, lo que ocurre cuando se le somete a un segundo proceso aduciendo que éste le ofrece mejores garantías de defensa y protección. Más difícil aún resultaría admitir la absoluta prevalencia penal en el supuesto en que la sanción administrativa hubiera sido confirmada en vía jurisdiccional por sentencia del orden contencioso-administrativo; en este caso, el despliegue de efectos de la cosa juzgada (si es esto lo que sirve de fundamento al *non bis in idem*) debería impedir el posterior pronunciamiento penal, aunque la cuestión queda sin respuesta a falta de pronunciamiento constitucional, ya que la STC 2/2003 no entra a estudiar el asunto —aunque lo apunta— al haber el sujeto desistido de la vía judicial contenciosa. Pero de la doctrina constitucional que engarza con la cosa juzgada de las resoluciones judiciales, bien podría deducirse la imposibilidad de ulterior actuación penal si, en lugar de estar ante un procedimiento administrativo sancionador (de los que el Alto Tribunal cita como de escasa complejidad y con resultado sancionador de poca magnitud), hubiera sentencia confirmatoria de la resolución administrativa, sentencia que a juicio del Tribunal no puede sino desplegar todos los efectos de la cosa juzgada y mantenerse inalterable e inatacable.

6. LA DUPLICIDAD DE SANCIONES EN EL ORDEN ADMINISTRATIVO: ALGUNAS CUESTIONES ESPECÍFICAS EN ESTE ÁMBITO

A) El *non bis in idem* administrativo

El interés del principio *non bis in idem*, como reiteradamente hemos señalado, no se reduce al campo de la doble sanción penal y administrativa, sino que también encuentra una completa aplicación en el terreno exclusivo del procedimiento administrativo y de la sanción de este orden. Por este motivo, la dogmática sobre la triple identidad y sobre la doble vertiente —material y procesal— a que antes hemos aludido, deberían ser aplicables *mutatis mutandi* y aún con menor problemática, pues no cabe aquí aludir a la contingencia de un doble proceso, penal y administrativo, paralelo ni a utilización de las reglas de prevalencia penal ya apuntadas. No obstante, la dogmática administrativa sobre el *bis in*

(132) Actuación administrativa que, no olvidemos, será siempre revisable ante los órganos de la jurisdicción correspondiente, y en ellos, sí está presente la intermediación, oralidad y publicidad, sobre todo en el procedimiento abreviado ante los Juzgados contencioso-administrativos.

(133) De esta opinión ALONSO MÁZ, M.J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., pág. 11.

idem en el ámbito de las sanciones laborales parece restar importancia a la aplicación práctica del principio y, por ello quizá, las propias normas sancionadora y rituaria laborales se dedican en su mayor parte a prever y evitar los efectos de la concurrencia penal y administrativa y de la eventual doble sanción en estos ámbitos, con manifiesto olvido de la regulación y estudio del principio dentro del ámbito estrictamente administrativo laboral, terreno carente de teoría propia definida y dejado llevar por las inercias de las soluciones penales que, en muchos casos, resultan aplicables sólo de manera muy forzada. Y lo que se resiente con ello no es otra cosa que la seguridad jurídica que debe prevalecer en el ámbito del orden sancionador. Por su parte, la norma procedimental común parece asumir que la duplicidad de sanciones por la comisión de unos mismos hechos tendrá lugar siempre que concurren distintos órganos administrativos o incluso distintas Administraciones sancionadoras, siendo ése su terreno natural¹³⁴, y es así porque la legislación de los distintos sectores puede prever la distinta punición (con tipificación sólo parcialmente coincidente¹³⁵) en orden a la protección desde ópticas distintas o desde el convencimiento de una mejor protección del bien jurídico de que se trate. Pero es lo cierto que en materia de relaciones laborales y, sobre todo, en el ámbito de las infracciones de prevención de riesgos laborales, la inmensa casuística existente, la probabilidad de comisión reiterada de infracciones –fácil de aparecer en la práctica–, la posibilidad de que unos mismos hechos generen distintos resultados infractores, la variedad de sujetos responsables y la complejidad de sus relaciones jurídicas, etc., y aún cuando sea uno solo el órgano sancionador y se maneje un único tipo de procedimiento, la posibilidad del *bis in idem* se encuentra más que presente. La aplicabilidad del principio se mostrará en el supuesto en que la Administración pretenda iniciar un procedimiento y concluir con resolución sancionadora emitida frente a un sujeto ya sancionado anteriormente por los mismos hechos en un expediente anterior y en base al mismo fundamento¹³⁶, aunque no se agota aquí su aplicación, sobre todo porque lo re-

**EL INTERÉS
DEL PRINCIPIO
NON BIS IN IDEM
TAMBIÉN ENCUENTRA
UNA COMPLETA
APLICACIÓN
EN EL TERRENO
EXCLUSIVO
DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO
Y DE LA SANCIÓN
DE ESTE ORDEN**

(134) Para ello no hay más que acudir al artículo 9 del Real Decreto 1398/1993.

(135) Es decir, que en una se añade o suprime o se altera un elemento de la otra, NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., pág. 513. En estos casos, la aplicación de un tipo excluye la del otro, *ibidem*, pág. 514.

(136) No cabe, a mi entender, la concurrencia sancionadora administrativa que pueda vulnerar el *non bis in idem* cuando sean órganos diferentes o administraciones distintas las que persigan y sancionen unos mismos hechos, pues en estos casos la sanción responderá, sin duda, a fundamentos distintos por ser los bienes jurídicos protegidos también distintos de acuerdo al ámbito de competencia y actuación de cada órgano o Administración. En este sentido también, CRUZ VILLALÓN, J., “Principios constitucionales del ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social”, ob. cit., pág. 33. La responsabilidad, complementaria de la administrativa laboral, en materia de recargo de prestaciones de Seguridad Social por infracción en el ámbito de la seguridad y salud laborales, podría servir de ejemplo de cómo la distinta Administración sancionadora y el diferente fundamento y bien jurídico protegido da lugar a doble sanción sin aparente vulneración del *non bis in idem* (obviamente entrar aquí en la naturaleza del recargo y sus consecuencias, cuestión amplísimamente tratada en la literatura

lativo a la identidad de los hechos en relación con la tipología de las infracciones, genera algunos problemas de orden práctico que conviene tener presente.

B) Infracción que afecta a una pluralidad de trabajadores

El mismo hecho infractor puede repercutir negativamente en varios trabajadores o en una pluralidad de ellos, pero tal hipótesis no supone generalmente la comisión de una pluralidad de infracciones administrativas. Así ocurre en la casi totalidad de infracciones en materia de seguridad y salud laboral donde, por lo general, la conducta incumplidora del empresario tiene necesaria influencia en el grupo de trabajadores a su servicio, incluso en otros no relacionados contractualmente con él; y del mismo modo, la transgresión de las normas laborales puede dar lugar en muchos casos a efectos que recaen sobre varios o todos los trabajadores de la empresa (incumplimiento de jornada, horarios, información, ...). La casuística, no obstante, es imprevisible y, por ejemplo, se ha entendido que no vulnera el *non bis in idem* la segunda sanción impuesta por los mismos hechos cuando ocurren en distinto centro de trabajo y afectan a distintos trabajadores¹³⁷. Sin embargo, en algunos casos la normativa contempla que este supuesto sí ocasione varias infracciones, una por cada trabajador afectado, sin que se derive de ello una vulneración del *non bis in idem*, pues el fundamento de la sanción, el bien jurídico protegido, es diferente porque la tipificación de la conducta infractora requiere como elemento configurador de la presencia de un trabajador¹³⁸. Tal es el caso contemplado, por ejemplo, en el artículo 19.2.e) del TRLISOS que entiende cometida una infracción por cada trabajador afectado en los supuestos de vulneración de las normas sobre contratos de puesta a disposición formalizados por empresas de trabajo temporal; en el artículo 19.3.b) también se contempla una infracción por cada contrato; o en el artículo 22.10 del mismo texto, que deriva una infracción por cada trabajador afectado en materia de obtención indebida de bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social; o en el artículo 23.2 de la misma norma; e incluso, aunque literalmente no se recoja en el contenido de los preceptos, seguramente habría de atribuir la comisión de una infracción por cada uno de los trabajadores implicados en los supuestos previstos en el artículo 13.1 y 2 del TRLISOS sobre preservación de la salud de la mujer durante el embarazo y la lactancia y respecto de los trabajadores menores de edad, y del mismo modo cabría actuar en muchos de los supuestos previstos en el artículo 8 del texto por ser actos *ad personam*.

La afectación de la conducta infractora a varios trabajadores al mismo tiempo, fuera de los casos apuntados, tiene relevancia como elemento que influye en la graduación de la sanción, de forma que ésta podrá imponerse en mayor cuantía en función del mayor número de trabajadores afectados por los hechos, entendiéndose que la conducta infractora queda

jurídica y la jurisprudencia, por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El Recargo de Prestaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2001).

(137) Criterio de la STSJ de Asturias, C-A, de 13 de diciembre de 2002, ADJ 2002/70912.

(138) Ver a propósito la STSJ de Madrid, C-A, de 12 de octubre de 2002, EDJ 202/84409, que admite 25 infracciones por ser ése el número de trabajadores afectados.

cualificada y merece mayor reproche sancionador en cuanto pueda poner en riesgo a un mayor número de sujetos (artículo 39 del TRLISOS).

C) Concurso de infracciones

Si la comisión de unos mismos hechos origina una serie de infracciones diferentes, es decir, si la conducta infractora del sujeto puede quedar subsumida en el contenido de diferentes tipos infractores previstos en el ordenamiento (concurso de normas), el órgano administrativo vendrá obligado a imponer una sola sanción –a elegir según los criterios penales que rigen estas situaciones– y, en consecuencia, no cabe la iniciación de procedimientos diferentes con base en la imputación de los mismos hechos. Resulta evidente aquí la imposibilidad de aplicar el *non bis in idem* por cuanto el fundamento sancionador es diferente en cada tipo de ilícito y lo que se produce es una absorción de una sanción por otra. El supuesto planteado puede responder a varias situaciones distintas, sin embargo, en la práctica la mayoría de los casos tiene que ver con la existencia de un “concurso medial” de infracciones, para cuya resolución existe una regla de procedimiento administrativo común que, por similitud con el orden penal, dispone que “en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”¹³⁹. La práctica, no obstante, se nutre de una enorme variedad de supuestos en los que la comisión de unos hechos deriva en la posibilidad de tipificación distinta, aunque a veces el fundamento o el bien protegido aparece como el mismo o semejante, y en estos casos, la administración sancionadora deberá delimitar claramente cada una de las infracciones que pretende sancionar so pena de incurrir en vulneración del principio de *non bis in idem*¹⁴⁰.

Un caso distinto al del concurso es el de la acumulación de infracciones, que sobreviene cuando el sujeto ha cometido varios hechos en un determinado lapso de tiempo que dan lugar a varias infracciones (*concurso real*), siendo así que el procedimiento sancionador debe ser único y englobar todas las infracciones, sin que sea posible la incoación de expedientes distintos por cada una de las infracciones; ahora bien, en ese único procedimiento se impondrán y acumularán tantas sanciones como infracciones hayan sido acreditadas¹⁴¹. La regla no tiene mayor trascendencia desde el punto de vista sustantivo, sin embargo, su virtualidad consiste en atribuir la competencia para sancionar al órgano que la tenga atribuida para imponer la sanción de mayor cuantía, tal como dispone la norma¹⁴² y dado

(139) Artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993.

(140) Es el caso contemplado en la STSJ de La Rioja, C-A, de 5 de abril de 2004, EDJ 2004/74352.

(141) El artículo 16 del Real Decreto 928/1998 dispone: “En el caso de que en la misma actuación inspectora se estimasen varias presuntas infracciones, deberán acumularse en una sola acta las correspondientes a una misma materia (...). No procederá la acumulación (...) cuando concurren supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria, o en las infracciones relacionadas causalmente con un accidente de trabajo o enfermedad profesional”. Los criterios penales sobre concurso de infracciones en orden a la imposición de una sola de las penas, pero agravada, difieren de los utilizados en materia administrativa por la Ley sobre potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma del País Vasco, citada, en cuanto ésta se decanta por la imposición de todas las sanciones que correspondan, pero en su graduación menos grave (artículo 17 de la mencionada norma).

(142) “En los supuestos de acumulación de infracciones correspondientes a la misma materia en un solo procedimiento, será órgano competente para imponer la sanción por la totalidad de dichas infracciones, el que lo sea para imponer la de mayor cuantía” (artículo 48.7 del TRLISOS).

que de acuerdo con la cuantía de la sanción la competencia vendrá atribuida a autoridades diferentes según las normas de reparto de la competencia sancionadora. No obstante, si los hechos fueran semejantes, cabría la aplicación del *non bis in idem* a fin de evitar la reiteración sancionadora; en la práctica, desde luego, no siempre será fácil determinar si los hechos son o ni idénticos a los efectos de aplicación del principio, porque las normas tipifican a veces situaciones que son tan semejantes que impiden discernir si los hechos son o no semejantes (si estamos o no ante unos mismos hechos¹⁴³) y ubicar correctamente la conducta en uno o varios tipos infractores.

D) Hechos infractores cuya comisión se reitera en distintos períodos

La reiteración de una misma conducta infractora por parte del sujeto, o permanencia en la infracción, puede dar lugar a distintos supuestos, planteándose aquí el problema de determinar si esa conducta reiterada ocasiona la comisión de una misma infracción o, por el contrario, de varias y, en su caso, si la sanción a imponer podrá ser o no única o distinta. Y la cuestión no es de fácil solución atendiendo a las herramientas normativas disponibles en el ordenamiento administrativo sancionador que, a diferencia de los eficaces instrumentos de la legislación penal, carece de una visión de conjunto sobre estas situaciones y, en consecuencia, le resulta sumamente difícil oponerse a ellas¹⁴⁴. La cuestión aparece relacionada con la posibilidad de aplicación del *non bis in idem* en referencia a la eventual apreciación de identidad sobre los hechos infractores que se hubieran producido —y sancionados— con anterioridad. También aquí opera ampliamente la casuística, pues podemos incluir el supuesto de la comisión de unos hechos que no llegaron a sancionarse por haber sido declarada la caducidad —de las actuaciones inspectoras o del procedimiento sancionador—, y sin embargo, no se apreciará *bis in idem* en caso de confección de nueva acta sobre los mismos hechos que dé lugar a nuevo procedimiento en momento posterior siempre que la infracción no hubiera prescrito¹⁴⁵; como tampoco habrá vulneración del principio al sancionarse unos hechos que dieron lugar a un expediente anterior archivado si concurren de nuevo con nuevas circunstancias¹⁴⁶.

1. En el caso de que la reiteración en la comisión de los mismos hechos ocasione varias infracciones sucesivas, pero éstas se hayan producido en períodos distintos, la Administración podrá sancionar de nuevo por hechos iguales o similares sin que pueda apreciarse vulneración del *non bis in idem*, dado que la sanción por un hecho antijurídico no exonera al sujeto de nuevas responsabilidades si vuelve a reincidir en la misma conducta. Así se admite en el artículo 7.4 del Real Decreto 928/1998, que impide la sanción de los mismos hechos que hayan sido objeto de anterior sanción, salvo que persista el infractor de

(143) A este respecto, cabe pensar que un solo hecho natural puede generar para el legislador varias acciones, varios tipos y varias infracciones, tal como señala NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., pág. 526.

(144) En este sentido, puede verse PÁRAMO MONTERO, P., “Puntos conflictivos en torno al poder sancionador...”, ob. cit., pág. 50.

(145) Así se recoge en la STSJ de Cataluña, C-A, de 24 de octubre de 2003, EDJ 2003/136868.

(146) STS de 17 de abril de 2002, Ar. 4733 (citada por A. NIETO, ob. cit., pág. 513).

forma continuada en los hechos sancionados. Así pues, la persistencia del sujeto en su conducta infractora, faculta al órgano administrativo a instruir nuevos y sucesivos procedimientos y a concluir con repetidas sanciones en tanto el infractor no desista. No obstante, aunque nos encontramos en la práctica en un terreno resbaladizo, la norma sancionadora común aporta una regla procedimental de aplicación en virtud de la cual “no se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo”¹⁴⁷, es decir, podrá iniciarse un nuevo procedimiento sancionador desde el momento en que el anterior por los mismos hechos hubiera concluido por resolución que sea firme en vía administrativa o, dicho de otra forma, no podrá iniciarse expediente sancionador si por estos hechos se está instruyendo otro procedimiento. La jurisprudencia ha entendido la *infracción permanente* como aquella en la que existe una sola conducta pero reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos¹⁴⁸. No obstante, a nuestro juicio, la infracción permanente como categoría unitaria no existe —a diferencia de la infracción continuada, con la que se suele confundir—, sino que se trata de una situación objetiva de permanencia del sujeto en la conducta infractora, reiterando sucesivamente actos iguales o equivalentes que originan siempre el mismo tipo de infracción. Posiblemente la confusión sea debida a la distribución del contenido del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 en dos párrafos: pero el primero se refiere a la persistencia del sujeto en la comisión de la misma infracción y el segundo a la infracción continuada, es decir, a cuestiones distintas.

Por otra parte, no puede confundirse esta situación, aunque se encuentra colindante, con la de reincidencia, cuyo efecto es el de incrementar la cuantía de la sanción a imponer a consecuencia de la reiterada conducta infractora del sujeto, aunque no es un efecto automático, dado que del literal de la ley no se plantea su aplicación en términos absolutos, sino que faculta a la Administración para que pueda, si lo estima oportuno, in-

**NO SE APRECIARÁ
BIS IN IDEM EN CASO
DE CONFECCIÓN
DE NUEVA ACTA
SOBRE LOS MISMOS
HECHOS QUE DÉ LUGAR
A NUEVO PROCEDIMIENTO
EN MOMENTO POSTERIOR
SIEMPRE QUE
LA INFRACCIÓN
NO HUBIERA PRESCRITO**

(147) Artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993.

(148) STSJ de Madrid, C-A, de 20 de marzo de 2003, EDJ 2003/105325, y añade que para iniciar lícitamente el nuevo procedimiento será necesario una nueva actuación inspectora con nuevo requerimiento, en caso contrario se vulnera la duplicidad sancionadora prohibida por el artículo 133 de la LRJAP y PAC. En igual sentido, la STSJ de Madrid, C-A, de 26 de noviembre de 2003, EDJ 203/210941, a propósito de la persistencia del sujeto en la infracción por la que había sido sancionado con anterioridad.

crementar la sanción. Para que exista reincidencia, es preciso que se trate de infracciones “del mismo tipo y calificación”, que la sanción impuesta por la anterior infracción sea “firme en vía administrativa” (no en vía jurisdiccional) y que “no haya transcurrido más de un año (365 días)” entre la fecha de notificación de la primera resolución sancionadora (y no de la firmeza, como erróneamente señala el reglamento sancionador, que en este punto debe ser tachado de ilegal) y la comisión de la segunda (comprobación de los hechos en el Acta de la Inspección de Trabajo, que es donde debe proponerse su aplicación)¹⁴⁹. (Otra cosa es que la adquisición de firmeza administrativa de la primera resolución sea requisito indispensable para la aplicación de la reincidencia.) Pero decimos que se trata de una situación distinta porque para apreciar la reincidencia no se requiere identidad en los hechos infractores, sino similitud con una infracción anterior: que la infracción en la que se aprecia reincidencia y la anterior sancionada lo sean del mismo tipo (del mismo tipo ilícito, entiendo, por ejemplo, en materia de ausencia de protecciones colectivas frente a caídas en altura¹⁵⁰) y se les haya atribuido la misma calificación (por ejemplo, que ambas constituyan falta grave, con independencia del juego de los elementos que puedan intervenir en la graduación de la sanción); la cuestión, no obstante, no queda exenta de incertidumbres en su interpretación, lo que no resulta adecuado en orden al principio de seguridad jurídica que debe estar presente en cada punto y en todo momento del procedimiento sancionador; no se olvide que en materia de prevención de riesgos laborales una misma conducta infractora puede originar la aplicación de tipos de ilícito diferentes y, por supuesto, de calificaciones diferentes, porque lo que determina en fin la sanción es la mayor o menor gravedad del riesgo que se origine con la conducta incumplidora.

2. Cuestión diferente es la que se produce cuando la reiteración de la conducta origina una infracción continuada que se prolonga en el tiempo, siendo tal el supuesto en que dicha reiteración constituye un elemento sustancial de la conducta típica y así esté regulado, procediéndose entonces a la imputación de una sola infracción que engloba la totalidad de los hechos que de manera reiterada se hayan cometido pero que forman parte de un único proceso. La jurisprudencia se refiere a este tipo de infracción considerando como tal aquellas conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un solo acto, caso del desarrollo en el tiempo de actividades sin las preceptivas autorizaciones y otros supuestos semejantes¹⁵¹. De ello deriva la imposibilidad de imponer una sanción

(149) Artículo 41 TRLISOS; artículo 14.5 del Real Decreto 928/1998. La apreciación de la reincidencia conlleva el incremento en la cuantía de la sanción a imponer “hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin que pueda exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas para cada clase de infracción”. El precepto no puede ser más confuso: a mi entender, se refiere a la posibilidad de duplicar el importe que corresponda al tope máximo dentro del grado en que se haya graduado la infracción (por ejemplo, del grado medio), sin que pueda nunca superarse la cuantía máxima que corresponda a la infracción (que es el tramo o tope máximo del grado máximo).

(150) Se ha entendido también como referencia al “mismo ilícito tipificado”, LLUIS NAVAS, citado por MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AAVV (Drs. GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario sistemático al texto refundido...*, ob. cit., pág. 544. Otros autores consideran que la norma se refiere al mismo tipo de materias de las reguladas en el TRLISOS, así, TOLOSA TRIVIÑO, C., en AAVV (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, ob. cit., pág. 410; aunque considero que ése es un criterio demasiado amplio y daría lugar a la aplicación de la reincidencia en más ocasiones quizá de las deseadas por el legislador, en un procedimiento como el sancionador donde la aplicación de los elementos perjudiciales al sujeto debe hacerse con la mayor precaución.

(151) STS, C-A, de 7 de marzo de 2006, EDJ 2006/21431.

por cada uno de los actos o tratos constitutivos de la infracción¹⁵², pues en realidad lo que resulta es la lesión de un único bien jurídico protegido, lesión que se actualiza con la producción del último de los hechos que conforman la infracción. A esto se refiere la norma cuando dispone que “será sancionable, como *infracción continuada*, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”¹⁵³. Por tanto, siendo este tipo de infracción una construcción jurídica que proviene del Derecho penal, para su concurrencia se exige: la realización de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión, la realización de una pluralidad de acciones con unidad psicológica y material, y la infracción del mismo o semejante precepto administrativo¹⁵⁴. Lo que ocurre es que será difícil determinar cuándo esa pluralidad de acciones u omisiones —que han debido realizarse en un ámbito espacial y temporal próximo¹⁵⁵— responden a un proyectado propósito del sujeto, pues la concurrencia del elemento subjetivo, que parece elemento clave de la infracción continuada, no es en absoluto sencillo de apreciar. Tampoco resulta tarea fácil determinar la existencia de infracción continuada si el presupuesto de hecho viene referido no a la vulneración del mismo precepto sino de preceptos “semejantes”, concepto indeterminado que en el campo sancionador, como es sabido, debe utilizarse con el máximo de cautela. Estos problemas de aplicación surgen, como en otras cuestiones, por el intento de transposición de instituciones penales —aquí el delito continuado— al campo de la sanción administrativa laboral, donde se evidencian lagunas como el supuesto de que los hechos desplieguen efectos en el ámbito de diferentes Comunidades Autónomas y se pretenda sancionar en cada una de ellas: ¿cabe una sanción por cada territorio sin que exista duplicidad de sanciones?, en caso contrario ¿habría de aplicarse alguna regla de preferencia cronológica? ... ¿estamos, en fin, ante el mismo bien jurídico protegido?¹⁵⁶. Por otra parte, si el sujeto activo de la conducta infractora actuara de manera reiterada —cometiendo otra infracción continuada de la misma naturaleza—, podrá ser de nuevo sancionado por esta nueva infracción una vez sea firme la sanción administrativa anterior, en aplicación de la regla apuntada en el párrafo anterior (artículo 7.4, *supra* 1), pues lo que ocurre es que la imposición de sanción rompe el tracto sucesivo y da origen a un nuevo “recuento de hechos” que integran la infracción. Además, para estos casos de actitud de vulneración permanente de las normas por el sujeto, está previsto que se pueda elevar de forma considerable la cuantía de las sanciones a imponer, y así se recoge como un agravante específico en la ley: “se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada

(152) MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AAVV (Dirs. GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario sistemático al texto refundido...*, ob. cit., pág. 83; los autores, con cita de CARRETERO PÉREZ y CARRETERO SÁNCHEZ, señalan que la conducta del autor en estos casos es indivisible y la suma de los actos constituye una infracción única, supone una sucesión de actos homogéneos e intermitentes que integran una infracción de la misma clase.

(153) Artículo 4.6, segundo párrafo, del Real Decreto 1398/1993.

(154) STS, C-A, de 7 de marzo de 2006, citada.

(155) TOLOSA TRIVIÑO, C., en AAVV (Coord. SEMPERE NAVARRO, A.V.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, ob. cit., pág. 400.

(156) Ver la STSJ de Castilla-La Mancha, C-A, de 7 de junio de 2002, EDJ 2002/43232, que enjuicia la conducta de una empresa con incidencia en todo el territorio nacional y ya sancionada en el ámbito de otra Comunidad Autónoma. O, en sentido diferente, la STSJ de Baleares de 11 de junio de 2001, Ar. 143 (citada por A. NIETO, ob. cit., pág. 513) que admite 28 infracciones distintas entendiendo que no se está en presencia de una infracción continuada.

de su comisión”¹⁵⁷. Cabe señalar, por último, que la norma laboral no hace más referencia teórica a la infracción continuada que la contenida, como circunstancia que influye en la graduación de la sanción, en el artículo 39.7 citado, sin que se haga reseña ni mención de ella en ningún otro precepto (por ello debe acudirse, claro que perdiendo en especialidad, a la norma procesal común, que se aplica aquí de forma supletoria); no puede, en este sentido, confundirse con la referencia del artículo 7.4 del reglamento sancionador laboral antes mencionado por cuanto éste lo que contempla es la conducta persistente del sujeto en la repetición de unos mismos hechos que ya han sido sancionados y que puede aplicarse a cualquiera que sea el tipo de infracción, pues no se refiere a infracciones sino a hechos.

(157) Artículo 39. 7 del TRLISOS, respecto a los criterios de graduación de las sanciones. En nuestra opinión, la referencia al máximo de la calificación que corresponda debe entenderse como la cuantía del tope máximo dentro del grado que sea de aplicación; así, por ejemplo, si la calificación de una infracción en materia de prevención de riesgos laborales es la de grave y por el juego de los criterios de agravación se pretende imponer una sanción en grado medio, aplicando el factor de la persistencia continuada deberá imponerse la sanción en la cuantía fijada para el tramo máximo del grado medio.

Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA ARENA

Inspector de Trabajo
y de la Seguridad Social

Resumen

Análisis de la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción

La Ley 32/2006 por la que se regula la subcontratación en el sector de la construcción, que comenzará su vigencia en el mes de abril, supone una norma de va a tener una extraordinaria importancia en el sector, al afectar a la estructura del modelo de organización productiva que está implantado. Los aspectos más significativos son, la limitación del número de subcontrataciones que se pueden desarrollar sobre una misma actividad o tarea constructiva, la exigencia de inscripción de todas las empresas que participen como contratistas y subcontratistas en un registro público a efectos acreditativos que disponen de los condicionantes de calidad y solvencia exigidos,

la necesidad de contar las empresas con un número mínimo de trabajadores con contrato por tiempo indefinido, y por último la obligación de disponer en cada obra de un libro de subcontrataciones donde refleje la dinámica de la misma a los efectos de facilitar el control por las partes interesadas. La Ley además de buscar el saneamiento del sector, tiene un claro sentido preventivo ya que está demostrado que el exceso de subcontratación y la participación de empresas sin unos mínimos estructurales y de calidad produce un deterioro importante de las condiciones de seguridad de los trabajadores, provocando índices de siniestralidad muy elevados que necesariamente hay que corregir.

Abstract

Analysis of the law regulating the subcontracting in the building sector

The Law 32/2006 by which is regulated the subcontracting in the building sector, that will take effect in April, implies a norm that will have an extraordinary importance in the sector, because it affects to the structure of the pattern of productive organization that is implanted. The most significant aspects are, the limitation of the number of subcontractings that can be developed on the same activity or constructive task, the requirement of inscription of all the companies that participate as contractors and subcontractors in a public registry for a assurative purpose that have the conditions of quality and solvency required, the necessity

to have the companies a minimum number of workers with contract for a limitless time, and lastly the obligation of having in each construction a subcontracting book where it is reflected its dynamics to the effects of facilitating the control for the interested parts. The Law besides looking for the sanitation of the sector, has a clear preventive sense since it is demonstrated that the excess of subcontracting and the participation of companies without some structural minima and of quality produces an important deterioration of the security conditions of the workers, causing indexes of very high calamity that must be necessarily corrected.

Sumario:

1. Significación y contenido general de la Ley. 2. Obligaciones señaladas en la Ley.

A) Requisitos de calidad y solvencia exigibles en las empresas. El Registro de Empresas Acreditadas. B) Mantenimiento de un número mínimo de trabajadores con contrato indefinido. C) Limitaciones de subcontratación. a) Posibilidad de subcontratar una obra o parte de la misma con un límite máximo de tres subcontrataciones. b) Posibilidad de forma excepcional de una subcontratación adicional. c) Limitación a una única subcontratación cuando la actividad contratada consista primordialmente en aportación de mano de obra. D) El Libro de Subcontrataciones. 3. Consecuencias sancionadoras por incumplimientos a la Ley.

1. SIGNIFICACIÓN Y CONTENIDO GENERAL DE LA LEY

La aprobación de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en la construcción, ha supuesto un acontecimiento importante para el sector por el cambio que implicará en su estructura. Si bien va dirigida específicamente al sector de la construcción, ésta se proyectará hacia todas las empresas que participan en las obras que tengan esta consideración

según la determinación reflejada en el artículo 2 —excavación, movimiento de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamiento e instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación, pintura, limpieza, y trabajos de saneamiento— aunque por la naturaleza de la propia actividad empresarial estén encuadradas en otros sectores productivos y no les sean de aplicación los convenios colectivos de la construcción.

Las novedades obligacionales introducidas precisarán para su asimilación real un tiempo más amplio que los seis meses de *vacatio legis* establecidos en la Disposición Final Tercera para su entrada en vigor, para el reajuste del nuevo marco organizativo que establece, mucho más novedoso de lo que en una primera reflexión parece. El éxito en su aplicación va a depender en buena manera del grado de aceptación y de predisposición por parte de las empresas a su cumplimiento, por lo cual era importante lograr el máximo consenso posible por parte de los agentes sociales, más efectivo que las medidas coactivas a imponer desde la Administración.

La limitación a una única subcontratación en las actividades de utilización primordial de mano de obra tiene un enorme calado que ha pasado aparentemente desapercibida bajo el reflujo de las tres subcontrataciones permisibles cuando no se produzca esa circunstancia, sin embargo son aquéllas, sin género de duda, las tareas más significativas para la construcción, en donde el empleo de mano de obra es cuantitativamente mayor, soporta con mayor intensidad las consecuencias de la precariedad, y en definitiva, son los trabajadores los que sufren con mayor intensidad los efectos de la siniestralidad laboral, que la Ley intenta evitar.

El hecho de que la regulación sea por una Ley con un elevado grado de aceptación por parte de todos los grupos parlamentarios, con disidencias poco significativas de cara al contenido esencial de regulación, ya que sólo las ha habido en cuanto a las referencias limitativas hacia los trabajadores autónomos y a las exigencias de los porcentajes de empleo fijo de las empresas, hace elevar su importancia; la primera norma con rango legal que aborda aspectos organizativos de matiz preventivo para un determinado sector, supone un gran mérito de todos los que han participado en su elaboración, valor que no debe estar empañado por la indeterminación que presentan algunos de sus contenidos fruto tal vez de la precipitación en cerrar

**EL ÉXITO EN LA
APLICACIÓN
DE LA LEY VA A DEPENDER
DEL GRADO
DE ACEPTACIÓN
Y PREDISPOSICIÓN
POR PARTE
DE LAS EMPRESAS
A SU CUMPLIMIENTO**

determinados puntos ante la dificultad que entrañaban, que podían poner en riesgo la propia Ley.

La Ley admite necesaria la regulación de la subcontratación en un sentido positivo, como manifestación del principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado que facilite la participación de las pequeñas y medianas empresas en la actividad de la construcción y distribución de los beneficios, lo que contribuye a la creación de proyectos empresariales y a la creación de empleo, señalando que cualquier forma de organización empresarial es lícita siempre que no resulte contraria al ordenamiento jurídico, consiguiendo un mayor grado de especialización, cualificación de los trabajadores y utilización de los medios técnicos cada vez más eficaces y productivos, que influyan positivamente en la inversión en nueva tecnología.

La necesidad más imperiosa para la regulación legal de la subcontratación en el sector de la construcción como forma organizativa del trabajo, se centra en la elevada siniestralidad laboral que este sector sufre, como vienen demostrando los estudios estadísticos elaborados y la gravedad de los accidentes, teniendo por lo tanto la significación de ser una norma protectora dirigida prioritariamente a la prevención de riesgos laborales, como así lo señala el artículo 1 al establecer como su objeto: “mejorar las condiciones de trabajo del sector en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular”, alusión de capital importancia para su propia configuración jurídica en el encaje normativo, ya que la limitación a la libertad de empresa que la Ley implica, protegida como derecho fundamental en el artículo 38 de la Constitución en su Capítulo II, está plenamente justificada en aras al derecho a la integridad de las personas reconocido por el artículo 15 de la misma, y también para incluir casi todos los incumplimientos a los preceptos de la Ley reguladora de la subcontratación en infracciones de esta naturaleza, con una carga sancionadora superior a la de otras materias del orden social.

Las causas motivadoras para las exigencias y requisitos que establece la Ley a las empresas contratistas y subcontratistas, se centran en el exceso en las cadenas de subcontratación que se da en el sector de la construcción, que además de no aportar ningún elemento positivo desde el punto de vista de la eficiencia empresarial que se deriva de la mayor especialización, propicia la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallen en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, de tal forma que su participación en el encadenamiento sucesivo e injustificado de subcontrataciones produce la reducción de los márgenes empresariales y de la calidad de los servicios proporcionados de forma progresiva, hasta el punto de que en la última subcontratación los márgenes son muy escasos, favoreciendo el trabajo sumergido, justo en el empresario final que ha de responder de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores que realizan las obras, excesos de subcontratación que representan prácticas empresariales incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo que la Ley pretende limitar.

Los aspectos obligacionales novedosos que establece la Ley son dirigidos a una triple dirección: limitación del número de subcontrataciones, de forma que se marca un número máximo de subcontrataciones que sobre una determinada actividad o tarea se pueden realizar, marcándose a esos efectos el número de tres, salvo en aquellas subcontrataciones que impliquen empleo fundamental de mano de obra para cuya situación sólo será posible una única subcontratación; exigencia de unos requisitos organizativos y de calidad mínimos para las empresas que participan en las obras, que serán reflejados en una acreditación empresarial de idoneidad mediante la inscripción en un registro correspondiente, así como disponer de un nivel mínimo de plantilla estable, y el establecimiento de un mecanismo documental a través del Libro de Subcontrataciones que permita conocer la dinámica de externalización que se produce en las obras a todas las partes que intervienen en la misma, cuya información contenida facilite el control por parte de la Administración y la participación de los trabajadores.

A pesar del avance que el texto normativo representa en cuanto al camino ya recorrido, donde los aspectos esenciales están casi resueltos, quedan puntos de difícil solución de cara al futuro y otros abiertos aún por resolver, hacia los que expresamente la propia Ley les dirige a un próximo desarrollo reglamentario, aspectos obligacionales de importancia como son: contenido y forma para la inscripción de las empresas en los registros de empresas acreditadas que se establezcan para tal fin y la coordinación entre los diversos registros creados de base territorial; criterios y forma de aplicar los porcentajes establecidos de contratos de trabajo por tiempo indefinido por las empresas que participen en el sector; contenido obligacional del Libro de Subcontrataciones.

También el texto de la Ley ha previsto la regulación mediante negociación colectiva, aspectos esenciales que incidirán positivamente en la seguridad del sector, como resultan ser: los procedimientos de representación de los trabajadores, los programas de formación preventiva que se han de implantar, la formación que han de disponer los trabajadores y su forma de acreditación con la participación activa de la Fundación, así como el diseño de modalidades de contratación para adaptar el objeto de los contratos por obra o servicio determinado, actualmente implantado, a otras fórmulas que garanticen una mayor estabilidad en el empleo. Aunque resulta loable que la Ley se refiera al valor de la negociación colectiva para dar solución a deficiencias importantes que tiene el sector de cara a la formación y a la representación de los trabajadores, por las particularidades propias del mismo, centradas especialmente en la temporalidad, la rotación de trabajadores, atomización de la unidad empresarial y pequeña dimensión de la misma, para conseguir esos objetivos se enfrenta a una particularidad más, representada por la pluralidad de convenios colectivos de sectores que además de los de construcción, aunque en menor medida, también son afectados por las actividades que se desarrollan en las obras de construcción –metal y madera principalmente–.

2. OBLIGACIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY

El contenido esencial de la Ley 32/2006 está reflejado en su Capítulo II, al establecer: los requisitos de calidad o solvencia exigibles a las empresas contratistas y subcontratistas

para poder intervenir en el proceso de subcontratación, vinculados con la exigencia de un determinado nivel de estabilidad en las plantillas; la obligación de inscripción de las empresas en un registro; el régimen de la subcontratación, a través de la limitación del número de subcontrataciones que se puedan efectuar ante una determinada actividad o tarea; así como la necesidad de documentar las subcontrataciones que se efectúen en la obra mediante la obligación de disponer del Libro de Subcontratación.

Conjuntamente con estas obligaciones totalmente novedosas, se establecen otras cuya esencia supone repetición de fundamentos obligacionales reflejados en disposiciones legales ya vigentes, como resulta el deber de vigilancia de las empresas contratistas y subcontratistas y sus correspondientes responsabilidades; alusiones a derechos de información de los representantes de los trabajadores de las empresas afectadas por las relaciones de contratación y subcontratación, y la forma de acreditar la formación preventiva por parte de los trabajadores que vayan a trabajar.

A) Requisitos de calidad y solvencia exigibles a las empresas. El Registro de Empresas Acreditadas

A los efectos de evitar que empresas sin ningún tipo de estructura organizativa productiva, ni solvencia empresarial en ningún aspecto, que su único objetivo constituye ser un eslabón más de la cadena de subcontratación como meras intermediarias, participen en el sector de la construcción por la quiebra del deber de seguridad que esas carencias producen en la seguridad del trabajo, el artículo 4 de la Ley establece un conjunto de requisitos a las empresas, para que puedan intervenir como contratistas o subcontratistas en las obras de construcción, éstos son:

- Poseer una organización productiva propia, contando con los medios materiales y personales necesarios, y utilizándolos para el desarrollo de la actividad contratada.
- Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propios del desarrollo de la actividad empresarial.
- Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y de los trabajadores autónomos, ejecutando el trabajo con autonomía y responsabilidad propias y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que las haya contratado.

Esta triplete de condiciones hay que entenderla en su conjunto, va dirigida a exigir que las empresas que intervengan en construcción constituyan unas figuras empresariales reales y no entidades aparentes como mera forma instrumental de titularidad de relaciones mercantiles o laborales, que sirvan de cobertura a verdaderas cesiones ilegales de mano de obra contrarias al contenido del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que fomenten la precariedad que la presente Ley intenta erradicar. Son empresas por lo general indemnes a las responsabilidades que pueden derivar por sus incumplimientos al carecer de bienes o derechos con los que hacer frente a las mismas, incumplimientos entre los

que figuran no sólo los que pueden derivar de las relaciones mercantiles o laborales asumidas, sino también de las sanciones que las puede imponer la Administración por incumplimientos de obligaciones preventivas, y las correspondientes indemnizaciones a las que deben hacer frente.

En el sector de la construcción por la naturaleza de la propia actividad, que se efectúa en un lugar de titularidad ajena perteneciente a un promotor para su beneficio y aprovechamiento, donde el centro de trabajo lo constituye precisamente la obra a realizar, resulta fácil para determinadas especialidades constructivas, precisamente en las que se exige para su realización utilización primordial de mano de obra, ser empresario sin disponer de ningún activo patrimonial. Una buena parte de la actividad empresarial en estas situaciones se limita a actividades de gestión comercial y prácticas mercantiles, en las cuales sólo se precisa concertar con un grupo de trabajadores —que generalmente se han constituido ellos mismos en empresa, o son autónomos— y contratar con ellos un precio por el trabajo a realizar; o convenir mercantilmente a un menor precio con otra empresa la realización de la totalidad de los trabajos contratados con una anterior; y en las mejores de las situaciones, incorporar a un conjunto de trabajadores por un determinado tiempo coincidente con el de realización de la actividad en esa obra a una sociedad mercantil mediante un contrato por obra o servicio determinado.

Estos requisitos de calidad y solvencia que implican restricciones en el ámbito empresarial, deben tener una acogida favorable por parte de las empresas de construcción que verdaderamente lo son, al disponer de medios adecuados para el desarrollo de su actividad empresarial y tener capacidad para asumir sus propias obligaciones, ya que la presencia en el sector de la construcción de empresas con aquellas carencias no lleva más que a un deterioro del sector con el aprovechamiento ilegítimo de la situación por parte de algunas empresas en perjuicio de las muchas que no pueden asumir la dinámica de precios impuesta por los que compiten con menos costes.

Conjuntamente con esos tres requisitos la Ley establece también la necesidad de cumplir con tres exigencias más, como son:

— Acreditar que disponen de recursos humanos en su nivel directivo y productivo que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales.

**EN EL SECTOR
DE LA CONSTRUCCIÓN
RESULTA FÁCIL
PARA DETERMINADAS
ESPECIALIDADES,
EN LAS QUE SE EXIGE
PARA SU REALIZACIÓN
UNA UTILIZACIÓN
PRIMORDIAL
DE MANO DE OBRA, SER
EMPRESARIO
SIN DISPONER
DE NINGÚN ACTIVO
PATRIMONIAL**

- Acreditar que disponen de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas previsto en la Ley.

Analizando separadamente estos requisitos que conforman la exigencia de calidad y solvencia, surgen las siguientes reflexiones:

a) “poseer de organización productiva propia, y los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el ejercicio de la actividad contratada”. Esta exigencia está sin determinar en la Ley más allá de la luz que pueda representar el análisis de los puntos siguientes que la complementan. No está previsto en desarrollo reglamentario qué requisitos objetivos deberán tener las empresas para poder solicitar la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas previsto en el artículo 4.2.b). Por el contrario, establece el artículo 4.3 que las empresas contratistas o subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos de este artículo mediante una “declaración suscrita por su representante legal formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas”.

Habría que haber aprovechado el momento legislativo para poder concretar las exigencias específicas que el futuro Registro debería considerar para proceder a la inscripción. Para que este requisito pueda ser valorado es imprescindible que la propia Ley hubiera establecido de forma taxativa en qué se traducen esos términos y elementos concretos, al menos los documentales que sirvan de referencia para demostrar que posee organización productiva propia y cuenta con medios materiales y personales, si bien en cuanto a estos últimos están en parte definidos, al menos cuando se accede a la solicitud de inscripción, por la exigencia de la norma establecida en otro precepto de un nivel mínimo de plantilla fija.

Parece este punto cerrado con mucha precipitación, ya que debería haber dejado expresamente abierta la puerta a un futuro desarrollo reglamentario de forma que no dependa exclusivamente del acto declarativo de la propia empresa, y permitiera establecer normativamente los parámetros de evaluación para cada requisito y la documentación o elementos de constancia que resultaran oportunos. La línea ya marcada es de difícil transvase y retoque en un futuro desarrollo ante la naturaleza especialmente sensible de lo analizado al rozar con derechos protegidos constitucionalmente, cualquier restricción que se establezca por vía reglamentaria sería una limitación al libre ejercicio de la actividad empresarial, no prevista por la Ley. La rotundidad de la forma de acreditar la posesión de aquellos requisitos y lo escueto de su redacción hacen difícil la exigencia de algo más que muestre al Registro la idoneidad de la declaración empresarial para su inscripción, debiendo proceder de forma automática sin poder entrar en el análisis del fondo de la solicitud.

Sólo el futuro reglamento de forma indicativa y voluntaria podría señalar determinada documentación que las empresas pueden aportar junto con la declaración, que sirvieran

de soporte para acreditar las exigencias establecidas: una memoria de la empresa, organigrama de su estructura y líneas de producción, descripción de los recursos, distribución de los mismos, balance de situación y cuentas de resultados, programas y proyectos productivos de futuro, etc., pero se nos escapa poder precisar con qué finalidad en concreto, ya que la declaración empresarial es el requisito único que ha establecido la Ley.

Las empresas van a encontrar dificultades para lograr la ansiada seguridad jurídica y poder conocer si cumplen los requisitos que establece el artículo 4, más allá de lo indicado respecto al porcentaje de plantilla fija. Hay que tener en consideración que la exigencia de los requisitos para participar en la dinámica de la subcontratación no puede finalizar en términos absolutos con la propia declaración, que si bien es válida de cara a la inscripción en el Registro, no está exenta de las responsabilidades y sus consecuencias en el orden que corresponda, por hechos ocurridos sobre los que se proyectará la verdadera realidad empresarial a la cual ha dado cobertura mediante una falsedad declarativa respecto a determinados requisitos empresariales exigibles por la Ley reguladora de la subcontratación, y que en su momento deberá demostrar su cumplimiento.

También resulta una importante carencia la indeterminación de qué órgano público administrativo o judicial tiene capacidad para valorar la falsedad de la declaración del empresario, si es posible hacerlo y en qué momento procede, ya que tampoco parece que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tenga capacidad para iniciar un procedimiento sancionador cuando compruebe aquellas carencias. Parece que ante la naturaleza de lo analizado, una vez detectada la posible falsedad por presentar una situación absolutamente distinta a la que prueba la realidad de los hechos, debería ser la jurisdicción social la que podría entrar a valorar la declaración de las empresas a estos efectos, a través del correspondiente procedimiento establecido en norma de rango legal.

b) “asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial”. Se puede proyectar la misma reflexión que la efectuada en el punto anterior, si bien podría haber sido menos dificultoso y más factible resolver la cuestión mediante el establecimiento en la norma de una forma de garantizar las responsabilidades económicas, como sería la obligatoriedad de suscribir una póliza de responsabilidad civil en función de unos determinados parámetros u otro tipo de garantías de semejante naturaleza. Según la letra de la Ley, vale también para el cumplimiento de este requisito una declaración empresarial de que tiene capacidad económica para soportar las responsabilidades que pueden devenir durante el desarrollo de la actividad empresarial, sin que resultara necesario que dicha declaración venga acompañada con una relación de activos o disponer de un instrumento de garantía que la empresa considera suficiente, como así hubiera sido lo adecuado.

c) “ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que les haya contratado”. Es un requisito que complementa con el señalado en el primer apartado en cuanto a la existencia de una verdadera unidad productiva empresarial, de forma que si aquél incide en aspectos estructurales genéricos

de la organización empresarial, éste contiene una obligación determinante y concreta de conducta empresarial, dirigida a evitar situaciones de cesión ilegal de trabajadores y cualquier forma de prestamismo laboral que se pudiera dar en la obra contraria al contenido del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo apartado 2 señala que “se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”, de forma que durante la realización de los trabajos de construcción la dirección de los mismos se efectúe por medio de la propia línea jerárquica empresarial de los trabajadores que los ejecutan, y en ningún caso estén integrados dentro de la organización de la empresa para la cual se subcontrataron los trabajos.

Manifestación de esta exigencia desde la óptica productiva se produce cuando la titularidad del resultado del trabajo se recibe una vez finalizado, momento en que se produce la transmisión de la obra o servicio contratado. Ello no implica que no se puedan efectuar entregas parciales del trabajo ya ejecutado y una actividad de control durante su desarrollo, pero en todo caso salvando la autonomía organizativa de la empresa subcontratista o del trabajador autónomo que efectúa el trabajo.

La forma de acreditar el cumplimiento de este requisito a los efectos de inclusión en el Registro, no supone más que una declaración de intenciones mediante la manifestación expresa del cumplimiento de una obligación establecida en la legislación vigente, que a todas luces resulta irrelevante al ser un requisito esencial para que se produzca una verdadera subcontratación, ya que en caso contrario sería una cesión de mano de obra, con las consecuencias que produce no sólo en el orden administrativo sancionador como infracción muy grave según el artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, sino también en el orden penal establecido en el artículo 312 del Código Penal. Otra cuestión sería si se impusiera alguna limitación temporal para actuar como contratistas o subcontratistas, o para permanecer inscritas en el Registro empresas que hayan sido sancionadas por estas conductas ilegales.

d) “acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales”. El presente requisito supone la exigencia de formación preventiva suficiente a las personas que integran la estructura de la empresa, tanto las personas que ejercen las funciones de gestión empresarial a niveles directivos, como el resto trabajadores a través de los cuales se dirige la producción. Para determinar la formación preventiva de cada nivel habrá que tener en consideración el organigrama de la propia empresa sobre la que habrá que girar la acreditación.

La condición de una determinada cualificación empresarial para poder actuar como empresa en el sector de la construcción no es una obligación nueva, sino que ya la Ley 38/1999, Ordenadora de la Edificación, en el artículo 11 con un sentido más amplio que el actual, referido sólo a formación preventiva, señala entre los requisitos para ser constructor “tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor” exigencia que también se encuentra en vía muerta por la indeterminación del contenido obligacional si bien en este caso no va sucedida de una autodeclaración.

En este punto como elemento de referencia a falta de otro, habrá que acudir al texto del Convenio General del Sector de la Construcción, en el cual se establece con carácter enunciativo y voluntario el contenido formativo a impartir por la Fundación Laboral de la Construcción a los siguientes niveles: gerentes de empresa (módulo de 10 horas lectivas); responsables de obra y técnicos de ejecución (módulo de 15 horas); mandos intermedios (módulo de 15 a 20 horas); delegados de prevención (módulo de 50 horas).

A diferencia de las exigencias de los puntos anteriores, la acreditación de este requisito ante el Registro si bien resulta válida la mera declaración del representante de la empresa, la misma deberá estar avalada por la certificación de haber superado los señalados módulos por parte de la entidad con capacidad para certificar formación preventiva, y resulta posible que reglamentariamente se establezca la forma de acreditar la formación preventiva, ya que además de ser una obligación que puede enmarcarse dentro del deber de formación que tienen las empresas hacia todos sus trabajadores, es una previsión que se hace en los preceptos tipificadores de incumplimientos de la Ley.

e) Disponer de “organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”. Con respecto a esta exigencia hay que estar al contenido del Capítulo IV de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y al Capítulo II del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención. Cualquiera que sea la modalidad preventiva de que disponga la empresa, será unitaria para la empresa y dirigida hacia todos los centros de trabajo que tenga. Las modalidades preventivas son: asunción por el empresario de forma personal de las funciones preventivas; designación de trabajadores para tales funciones; por concierto

**LA ELECCIÓN
DE LA MODALIDAD
PREVENTIVA VIENE
MARCADA POR EL NÚMERO
DE TRABAJADORES
QUE TENGA LA EMPRESA,
ASÍ COMO POR LA MATERIA
DE LOS TRABAJOS
QUE EFECTUARÁ**

con una entidad acreditada como servicio de prevención ajeno; constituyendo un servicio de prevención propio; constituyendo un servicio de prevención mancomunado.

Al igual que lo señalado en la exigencia anterior, ante la mera declaración de la empresa de disponer de una organización preventiva adecuada resulta posible que reglamentariamente se establezca para el trámite de inscripción la obligación de aportar documentación correspondiente donde quede reflejada la correspondiente modalidad preventiva, al ser su cumplimiento una obligación empresarial establecida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Más compleja resulta la posibilidad de que el Registro pueda entrar a analizar el contenido de la organización preventiva y su adecuación correspondiente a las necesidades que cada empresa tiene. Parece que se ha olvidado la Ley de hacer referencia al plan de prevención, instrumento documental que parece esencial de cara a cumplir la necesidad de la integración real de la prevención en la empresa establecida por la Ley 54/2003, a los efectos de dar una solución apurada a uno de los graves defectos que tiene nuestra normativa preventiva, que permite por el enjambre de alternativas posibles llegar a la externalización absoluta de la prevención hasta hacerlo algo lejano para la empresa.

La elección de la modalidad preventiva viene marcada por el número de trabajadores que tenga la empresa, así como por la naturaleza de los trabajos que efectúe. Resulta obligatorio disponer de un servicio de prevención propio que cubra al menos dos de las cuatro especialidades preventivas (seguridad en el trabajo, higiene industrial, medicina del trabajo, ergonomía y psicología aplicada) cuando la empresa disponga en plantilla de más de 250 trabajadores, ya que resulta preceptivo a partir de ese número para las que realicen determinadas actividades entre las que se encuentran “en obras de construcción, excavación, movimientos de tierras y túneles, con riesgo de caída de altura o sepultamiento”, riesgos que van a estar siempre presentes en las empresas que se dedican a la construcción, o cuando de forma excepcional por razones de especial peligrosidad o siniestralidad por la autoridad laboral así se establezca. Una variante de servicios de prevención propios son los servicios de prevención mancomunados entre varias empresas del mismo sector productivo, grupo económico, ubicadas en un área geográfica determinada, o entre empresas que comparten un mismo centro de trabajo.

f) “estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas”. Este requisito sería de extraordinaria importancia si en la Ley se le hubiera dotado de un cometido más ambicioso del que ha resultado, de forma que la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas supusiera efectivamente que las reflejadas en él fueran empresas con una calificación suficiente en todos sus aspectos para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, que realmente era la intención buscada. Para ello hubiera sido necesario que un órgano administrativo o el propio Registro revestido de competencias para ello pudiera entrar a valorar el cumplimiento de los requisitos exigibles en el artículo 4 a las empresas, y sólo en caso positivo proceder a la inscripción registral, labor efectivamente muy ambiciosa pero que verdaderamente hubiera tenido los efectos buscados, que únicamente estén en el mercado empresas con posibilidad de afrontar las obligaciones preventivas por tener medios para ello.

No resulta lógico que una empresa que comparezca al Registro vaya a reconocer que no dispone de esas condiciones, si su deseo es participar como contratista o subcontratista, siendo por tanto un salto al vacío en una exigencia obligacional carente de un contenido más allá del propio significado que cada uno le otorgue o que le pueda devenir en caso de falsedad. Estar inscrita en el Registro se convertirá en una obligación meramente formal de contenido documental ya que en esas condiciones, tal como se ha regulado, el trámite de la inscripción no es garante de ninguna condición específica de calidad ni solvencia, ni tampoco de seguridad jurídica.

El Registro de Empresas Acreditadas dependerá de la autoridad laboral competente, entendiéndose la correspondiente al territorio de la Comunidad Autónoma donde tenga el domicilio social la empresa contratista o subcontratista que se vaya a inscribir, si bien la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional, siendo sus datos de acceso público con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas. Está previsto por la Ley que reglamentariamente se establecerán la actuación del Registro, la forma y los efectos de la inscripción, así como los sistemas de coordinación de los distintos registros dependientes de las autoridades laborales autonómicas.

B) Mantenimiento de un número mínimo de trabajadores con contrato indefinido

Resulta obligatorio para las empresas, según establece el artículo 4.4 de la Ley, para poder actuar en el sector de la construcción como contratistas o subcontratistas, disponer de un nivel mínimo de empleo fijo en relación al número total de la plantilla, para lo cual se marcan unas referencias porcentuales proyectables al tiempo que va transcurriendo desde la entrada en vigor para facilitar la adaptación de las estructuras empresariales a la nueva organización del trabajo que las exigencias legales establecen. Dichos plazos culminan a los treinta y siete meses, momento en que las empresas han de contar con, al menos, una plantilla con contrato indefinido del 30% sobre el total de la misma, de forma que “las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10% durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20% durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30% a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive”. Esta exigencia sirve además para objetivizar parte de lo reflejado en el artículo 4.1.a), referido a medios personales necesarios, de forma que sean entidades empresariales con finalidad productiva real.

Se deja expresamente a futuro desarrollo reglamentario la forma de aplicación del precepto que, si bien en lo esencial está definido, existen claras dificultades para su aplicación de forma general en un sector en donde la variación de las plantillas por efectos de la temporalidad es una característica implícita de la naturaleza de la actividad, además de ser muy variados los cometidos empresariales que se desarrollan y el tamaño de las empresas. La forma de cómputo que se deberá establecer en el reglamento será fundamental para poder

aplicar la norma, que incidirá en los períodos temporales que han de servir de referencia o en qué momento.

Tal vez haya que pensar en la posibilidad de introducir alguna variante específica para empresas que trabajan en el sector de cara al concepto del trabajador con carácter indefinido, y alguna modalidad de vinculación estable con la empresa —podría ser de fijo de actividad—, mientras exista actividad productiva empresarial, que pueda resultar equiparable a los efectos de cómputo como trabajadores por tiempo indefinido buscando el sentido de la obligación que no debe ser otra que conseguir el mantenimiento de una estructura personal estable que resulte imprescindible para el éxito de la integración preventiva en todos los niveles como obligación empresarial.

C) Limitación de las subcontrataciones

Como régimen de la subcontratación, señala el artículo 5 de la Ley las limitaciones establecidas para subcontratar por las empresas y trabajadores autónomos actividades a efectuar en las obras de construcción, considerando que constituye el aspecto esencial del contenido de la Ley. El régimen de contratación no tiene limitaciones en su proyección horizontal de forma que el promotor, titular del centro de trabajo que constituye la obra de construcción, podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno, así como con trabajadores autónomos; implica que puede existir un indeterminado número de contratistas y de trabajadores autónomos, cada uno deberá abordar la parte de la obra o actividad contratada, bien directamente o mediante subcontrataciones dentro de las limitaciones que se establecen, alternativa esta última que está privada para los trabajadores autónomos, los cuales no podrán en ningún caso ni circunstancia subcontratar lo contratado por ellos.

Dentro de la terminología de trabajadores autónomos debemos entender los trabajadores por cuenta propia que actúan bajo la cobertura de una contratación mercantil para realizar una obra o prestar un servicio de forma individual, directa y personal, sin disponer de ningún trabajador a su cargo. Los trabajadores autónomos están bajo mínimos en cuanto a la afectación general de las normas de prevención de seguridad y salud porque hasta el momento no se han abordado desde el legislador los condicionantes preventivos de su actividad laboral, salvo referencias inexigibles hacia ellos (excepto por incumplimiento de obligaciones de cooperación y coordinación) que contiene la normativa específica de construcción, y la proyección que se hace por el artículo 12 del Real Decreto 1627/1997 hacia las empresas contratistas y subcontratistas de la responsabilidad del cumplimiento de las normas preventivas por parte de los trabajadores autónomos. Resulta lógico que estos trabajadores no puedan subcontratar actividades constructivas que ellos anteriormente han contratado por no disponer de capacidad al menos normativa para desarrollar el cumplimiento de obligaciones de gestión preventiva, que como comitente le corresponde hacia el subcontratista que hipotéticamente pudiera contratar. Acertadamente se ha culminado con esa prohibición, ya que en caso de no haber sido así, los trabajadores

autónomos hubieran roto la línea de transmisión de responsabilidades en cuanto al deber de vigilancia.

Las limitaciones que marca la norma van referidas exclusivamente a las líneas verticales de contratación que se inician en cada contratista, comenzando a computarse el número de subcontrataciones con la que tiene lugar entre el contratista y el primer subcontratista que de hecho se refiere a la segunda transmisión del objeto de la actividad –la primera es la que tiene lugar entre el promotor y el contratista–. Cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación se denomina por la Ley nivel de subcontratación. El contenido de la subcontrata en cualquiera de sus niveles, sin entrar en limitaciones del objeto material de la misma, puede ser la totalidad de la obra que ya fue objeto de una anterior contratación, o una parte de la actividad contratada.

En cada línea de contratación vertical, existe un único contratista que será la empresa principal de todas las subcontratistas y trabajadores autónomos que participen, correspondiéndole las obligaciones de vigilancia que establece el artículo 7. Según como está redactado dicho precepto, las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción deberán vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Subcontratación por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten, en particular, en lo que se refiere a las obligaciones de acreditación y registro reguladas en el artículo 4.2 y al régimen de la subcontratación que se regula en el artículo 5. Las empresas subcontratistas cualquiera que sea el nivel de subcontratación deberán comunicar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes toda la información o documentación que afecte al régimen de la subcontratación, estableciéndose una responsabilidad solidaria entre el subcontratista que hubiera incumplido los requisitos de acreditación y régimen de subcontratación y la empresa contratista, al igual que ocurre con el resto de incumplimientos de orden social que afectan a este tipo de relaciones entre empresas, en la forma que establece el artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, y en materia preventiva de forma específica en el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuyo contenido no resulta distinto al farragoso e inteligible apartado 2 del artículo 7 de la Ley que se analiza.

Es posible que en una determinada obra el promotor realice con medios propios la totalidad de la misma, una parte, o alguna actividad constructiva, teniendo en este caso la con-

**LAS EMPRESAS
CONTRATISTAS
Y SUBCONTRATISTAS
QUE INTERVENGAN
EN LAS OBRAS
DE CONSTRUCCIÓN
DEBERÁN VIGILAR
EL CUMPLIMIENTO
DE LO DISPUESTO
EN LA LEY
DE SUBCONTRATACIÓN
POR LAS SOCIEDADES
Y TRABAJADORES
AUTÓNOMOS CON
QUE CONTRATEN**

dición de contratista a los efectos de aplicación de esta Ley como así ha determinado el artículo 3.e), al igual que para otras obligaciones que marca la normativa de prevención de riesgos en la construcción contenidas en el Real Decreto 1627/1997 para los contratistas, como es la elaboración del plan de seguridad y salud de la obra y las restantes que corresponde como empresa principal. Dentro de este supuesto entraría también cuando se recurre a la figura del *projet management*, ya que si bien los actos de gestión empresarial de la obra se contratan mercantilmente a una empresa externa que los dirige, las contrataciones y los actos decisivos empresariales los efectúa directamente el propio promotor, o una persona a su cargo y en nombre de éste. Igualmente, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute.

a) Posibilidad de subcontratar una obra o parte de la misma con un límite máximo de tres subcontrataciones

Se establece por la Ley como norma general, posibilitando que la empresa que haya subcontratado con una empresa contratista determinados trabajos, pueda a su vez subcontratar nuevamente la totalidad de los mismos o una parte de ellos con otras empresas también subcontratistas, permitiendo que también estos segundos subcontratistas vuelvan nuevamente a subcontratar con un tercer subcontratista en los mismos términos. Los trabajadores autónomos también podrán participar en el régimen de subcontrataciones, si bien éstos no podrán subcontratar nuevamente ni con otro autónomo ni con otra empresa, produciéndose en todos los casos el fin de la cadena.

b) Posibilidad de forma excepcional de una subcontratación adicional

A pesar de la elevada permisibilidad vertical que ofrecen las tres subcontrataciones de forma sucesiva sobre el mismo objeto contractual, la Ley posibilita en casos fortuitos debidamente justificados y de forma excepcional, una subcontratación adicional. Las causas para poder acceder a la cuarta subcontratación deben de ser apreciadas como necesarias por la dirección facultativa de la obra y esta subcontratación debe ser autorizada con anterioridad al momento de producirse. Debe ser por motivos tasados: exigencias de especialización de los trabajos; complicaciones técnicas de la producción; circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra; la contratación de alguna parte de la obra con terceros.

La autorización de la subcontratación adicional deberá reflejarse de forma previa en el Libro de Subcontrataciones por la dirección facultativa, señalándose la causa o causas motivadoras de la misma. Cuando se haya autorizado la subcontratación excepcional el contratista deberá ponerlo en conocimiento del coordinador de seguridad y salud y de los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución de su contrato que figuren relacionadas en el Libro de Subcontratación.

Igualmente se deberá poner en conocimiento de la autoridad laboral competente la subcontratación excepcional mediante la remisión, en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a su aprobación, de un informe en el que se indiquen las circunstancias de su necesidad y de una copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación. Es previsible que una vez que la autoridad laboral disponga de la comunicación de la aprobación de una subcontratación adicional, se ponga en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al efecto de comprobar mediante la correspondiente actuación inspectora la existencia de las causas de excepcionalidad y la veracidad de los motivos alegados.

c) Limitación a una única subcontratación cuando la actividad contratada consista primordialmente en aportación de mano de obra

Como ya se ha reflejado en anteriores páginas, esta limitación es de gran importancia, con un enorme calado y que ella misma puede justificar la totalidad de la Ley, de forma que si de la misma se consiguiera un amplio cumplimiento y fuera asumida por el sector con facilidad, una parte de las expectativas de la Ley se habrían cubierto. No todo en este punto puede ser optimismo, sino que su aplicación en ocasiones puede resultar muy compleja por la variedad de situaciones que se pueden producir y por la indeterminación legislativa de en qué actividades se produce esta circunstancia, donde la actividad contratada consista primordialmente por la propia naturaleza de la misma en aportación de mano de obra, es decir, que la actividad realizada sea fruto directo de la propia prestación física o esfuerzo del trabajador salvo las herramientas que pudiera utilizar. Son muchos y significativos en una obra de construcción los trabajos que están afectados por esta limitación a la hora de la subcontratación, suponen la mayoría, y creemos que la Ley no ha apreciado en su momento esta circunstancia, al enfocarse como una excepcionalidad al régimen general de tres subcontrataciones, cuando en la realidad supone con mucho las situaciones que con más intensidad se producen.

Implica que los subcontratistas no podrán subcontratar ninguna actividad productiva que para su realización en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra. También la propia norma señala que en estos casos no resulta posible una subcontratación adicional por circunstancias extraordinarias sobrevenidas, salvo que se diera la situación de fuerza mayor señalada. Con esta limitación se persigue que subcontrataciones que no suponen ningún valor añadido más que el propio quehacer físico del trabajador pueda a su vez ser objeto de una nueva subcontratación.

La Ley ha preferido no hacer una relación de las mismas, dejando que en cada situación se aprecie por las propias empresas su inclusión como actividades que fundamentalmente precisan de aportación de mano de obra. En base a ello, a título de ejemplo, como actividades más significativas a las que se han limitado a una única subcontratación, se señalan las siguientes: colocación de ladrillos, material cerámico, bloques, o elementos prefa-

bricados de tipo *pladur* o similares a efectos de tabiquería o revestimiento en cualquier lugar de la obra; formación de rozas, introducción de canalizaciones y su cerramiento; extendidos de morteros; construcción de estructuras en la cual se incluirán los trabajos de formación de encofrados, colocación de ferralla, vertido, batido y extendido de hormigón y desencofrado; trabajos de alicatado y solado; trabajos de pintura de paredes y fachadas; trabajos de colocación de escayolas; trabajos en cubierta de colocación de tejas o planchas de cualquier material y de impermeabilización; trabajos de revestimiento exterior de fachadas con cualquier tipo de material; trabajos de limpieza que no utilicen aparatos a presión; trabajos de abertura y cerrado de zanjas con herramientas personales; trabajos de colocación de tuberías y canalizaciones, etc.

Para la determinación de la naturaleza de la actividad a estos efectos, no entra en consideración la aportación de los materiales, de forma que resulta indiferente si los mismos los aporta la empresa subcontratista o lo hace la contratista. Lo que resulta significativo para definir la exclusión del concepto de utilización prioritaria de mano de obra, es la necesidad por la propia naturaleza del trabajo de utilización de maquinaria o tecnologías especiales para el desarrollo de la actividad. Si aquéllas resultan imprescindibles según proyecto, o buenas prácticas, no se estaría ante una actividad donde se produce prioritariamente el empleo de mano de obra.

Hay otra variante que la constituyen aquellas actividades que, si bien por su propia naturaleza no resulta esencial la utilización de máquinas o equipos de trabajo, su apoyo resulta necesario e incluso a veces imprescindible. Incluso en estos casos se estaría ante situaciones de prioritaria aportación de mano de obra, salvo que dichos equipos sean aportados por la propia empresa subcontratista y no pertenezcan a otras empresas que también participan en la obra. Un ejemplo claro puede ser la realización de trabajos de cerramiento de fachada mediante la colocación de ladrillo, utilizando como elemento esencial para poder realizar ese trabajo un andamio mecanizado; en caso que el andamio utilizado sea proporcionado por el contratista, que será lo más frecuente, se estará en una situación de aportación prioritaria de mano de obra; igual puede suceder cuando en la realización de determinados trabajos subcontratados se utiliza la torre-grúa instalada en la obra, o cuando en la instalación de canalizaciones en una zanja resulte necesaria la utilización de una máquina específica para su colocación no aportada por la empresa de los trabajadores que ejecutan el trabajo.

El análisis de esas circunstancias referidas a la utilización de maquinaria de apoyo para realizar las actividades supondrá en algunas situaciones hondas dificultades, ya que de una parte habrá que determinar si el equipo de trabajo resulta esencial para la actividad o únicamente es un complemento necesario; si dicho equipo resulta esencial no se produciría la situación de aportación fundamental de mano de obra; si dicho equipo fuera un complemento imprescindible habría que determinar la propiedad o la titularidad del uso del mismo, de forma que si es aportado por la empresa subcontratista no sería tampoco una situación de aportación fundamental de mano de obra, aspecto sobre el que se proyectaría ahora el problema. Respecto a ello el artículo 8.2 de la Ley señala que cada

empresa deberá disponer de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza.

También merece hacer una reflexión acerca de los equipos de trabajo que resultan imprescindibles, en cuanto a conocer cuál sería la entidad de los mismos en sentido económico o complejidad técnica, aspecto que no está determinado en la norma y puede ser un obstáculo importante para su aplicación. Por señalar ejemplos: una escalera de mano, un andamio tubular simple, un castillete para hormigonar, puntales de sujeción, o unas simples borriquetas, la utilización de todos esos equipos auxiliares resulta imprescindible, pero son de tan poca significación en lo que representan un valor añadido a la mera prestación que habrá que considerar que son medios materiales muy básicos, que todas las empresas que se dediquen al desarrollo de esa actividad constructiva han de disponer como elementos inherentes a la misma, circunstancia que no puede hacer cambiar el sentido de la aplicación de la norma, cuando efectivamente lo fundamental de la actividad es la aportación de mano de obra manifestada en esfuerzo físico o la habilidad y destreza del trabajador, aun con el apoyo de herramientas de uso manual aunque sean motorizadas.

Otro punto caliente es el que representa el significado de herramienta manual, incluidas las motorizadas portátiles que imprescindiblemente deba utilizar el trabajador para el desarrollo su actividad. El criterio de la motorización y la portabilidad, único establecido en la norma, abre el abanico a una extensa gama de herramientas, que puede englobar a todas aquellas que usualmente son trasladadas de un punto a otro de la obra de forma individual por el propio trabajador que las utiliza y son de uso manual aunque funcionen con fuerza motriz.

D) Libro de Subcontratación

Para documentar las subcontrataciones a los efectos de acreditarlas y conocer su dinámica, el artículo 8 ha dispuesto que en toda obra de construcción donde se produzcan subcontrataciones deberá existir un Libro de Subcontratación que estará permanentemente en la obra, para que puedan acceder en cualquier momento, el promotor, la dirección facultativa, el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución, las empresas y trabajadores autónomos, los técnicos de prevención, los delegados de prevención, la autoridad laboral y los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la obra.

**PARA DOCUMENTAR
LAS SUBCONTRATACIONES
A LOS EFECTOS
DE ACREDITARLAS
Y CONOCER SU DINÁMICA
DEBERÁ EXISTIR UN LIBRO
DE SUBCONTRATACIÓN
QUE ESTARÁ
PERMANENTEMENTE
EN LA OBRA**

En el documento se deberán reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente, el objeto de su contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de las mismas, las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa cuando se apruebe una subcontratación por razones de excepcionalidad en los términos previstos en el artículo 5.3 de la Ley.

Está sin resolver en la Ley la autoridad laboral autonómica competente que habilitará el señalado libro, así como el contenido y obligaciones y derechos que se derivan, aspectos cuyo tratamiento reglamentario está previsto, al tiempo que se procederá a una revisión de las distintas obligaciones documentales aplicables a las obras de construcción con objeto de lograr su unificación y simplificación.

3. CONSECUENCIAS SANCIONADORAS POR INCUMPLIMIENTOS A LA LEY

Como complemento indispensable para garantizar el cumplimiento de las obligaciones normativas que se establecen, se hace necesario que la Ley contemple los aspectos infractores propios a los efectos de su incorporación en los correspondientes preceptos del Texto Refundido de la Ley de Infracciones en el Orden Social, señalando la Disposición Adicional Primera los nuevos contenidos de los artículos 8, 11, 12 y 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que tipifica nuevas conductas constitutivas de infracciones administrativas por incumplimiento de obligaciones contenidas en la Ley 32/2006. Las infracciones que en la Ley se establecen darán lugar a la imposición de las correspondientes sanciones por la Autoridad Laboral competente según las cuantías establecidas en el artículo 40 del señalado Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, previa la tramitación del procedimiento sancionador regulado por el Reglamento contenido en el Real Decreto 928/1998, iniciado por Acta de Infracción emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Una de estas nuevas tipificaciones está incluida en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, al considerarse como infracción muy grave no disponer del número de contratos por tiempo indefinido que corresponda en función del total de la plantilla. Las restantes infracciones reflejadas son consideradas de prevención de riesgos laborales; como infracciones leves se incluyen en el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 5/2000, dos nuevas conductas infractoras de un sentido documental.

Como infracciones graves se introducen por separado en el artículo 12 las que corresponden a los contratistas, subcontratistas y promotores, por desviaciones a las obligaciones

propias que establece la Ley, como son las referidas a los contratistas por no llevar al día el libro de subcontrataciones, incumplimientos del derecho de información a los representantes legales de los trabajadores y acceso al libro de subcontrataciones, los incumplimientos a requisitos que han de tener las empresas contratistas o subcontratistas, así como al régimen de contratación tanto para contratistas como para subcontratistas.

En cuanto a las infracciones muy graves, se introducen en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000 nuevas conductas, al igual que para las anteriores de forma separada derivadas de obligaciones que corresponden a contratistas, subcontratistas y promotores, entre las que se encuentran reflejados los incumplimientos a los requisitos que han de tener las empresas, y por conductas contrarias al régimen de subcontratación, de contenidos idénticos a los tipificados como infracción grave con la única diferencia de tratarse de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria establecida para obras de construcción; actualmente el Real Decreto 604/2006 ha modificado el Anexo II del Real Decreto 1627/1997 donde se relacionan los trabajos con riesgos especiales para la obras de construcción. También se considera infracción muy grave de los subcontratistas el falseamiento de datos suministrados que den cobertura a incumplimientos del régimen de subcontrataciones.

La participación de los trabajadores en el capital social mediante operaciones de asistencia financiera. Especial referencia al artículo 81.2 LSA

PATRICIA NIETO ROJAS

Becaria FPU Ministerio de Educación
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

La participación de los trabajadores en el capital social mediante operaciones de asistencia financiera. Especial referencia al artículo 81.2 LSA

La integración de los trabajadores en el capital social puede ser instrumentada mediante diferentes vías: distribución gratuita de acciones, entrega de opciones sobre acciones o mediante la asistencia financiera para la adquisición de acciones; el objetivo del presente artículo es analizar las implicaciones laborales de este último mecanismo previsto en el artículo 81.2 LSA que exceptúa de la prohibición general de asistencia financiera a los negocios dirigidos a facilitar la adquisición de acciones por el personal de la empresa.

Estas operaciones económicas plantean dos cuestiones claras para el Derecho del Trabajo: en primer lugar, la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de esta excepción pues el artículo 81.2 LSA sólo hace una referencia al “personal de la empresa” y, en segundo lugar, aunque la asistencia financiera puede revestir múltiples formas: créditos blandos, liberación de autocartera, descuentos; todas estas operaciones son susceptibles de una valoración económica y, en consecuencia, nos deberíamos plantear si el lucro obtenido por el trabajador derivado de las mismas podría ser calificado como salario.

Abstract

The participation of the workers in the social capital by means of operations of financial assistance. Special reference to the article 81.2 LSA

The integration of the workers in the social capital can be pursued by means of different

ways: free distribution of stocks, delivery of options on stocks or by means of the

financial assistance for the acquisition of stocks; the objective of the present article is to analyze the laboral implications of this last mechanism foreseen in the art. 81.2 LSA that exempt from the general prohibition of financial assistance to the transactions applied to facilitate the acquisition of stocks by the staff of the company.

These economic transactions outline two clear questions for the Laboral Right: in the first

place, the delimitation of the subjective scope of application of this exception because the art. 81.2 LSA only makes a reference to the "company staff" and, in second place, although the financial assistance can have multiple forms: soft credits, autoholding liberation, discounts; all these transactions are susceptible of an economic valuation and, in consequence, we should think about if the profit obtained by the worker derived of them could be qualified as wage.

Sumario:

1. Participación accionarial de los trabajadores. 2. Asistencia financiera para la

adquisición de acciones por los trabajadores. A) Requisitos y ámbito objetivo.

a) Requisitos de las operaciones de asistencia financiera. b) Ámbito objetivo de la

excepción. B) Ámbito subjetivo de aplicación. Beneficiarios. C) Origen y naturaleza del beneficio obtenido en estas operaciones. 3. Conclusiones.

1. PARTICIPACIÓN ACCIONARIAL DE LOS TRABAJADORES

Las profundas transformaciones en los mercados de trabajo y la intensificación de la competencia han modificado los sistemas de relaciones laborales. La superación de un modelo fordista de producción ha dado paso a estructuras empresariales complejas, donde la adaptabilidad y flexibilidad de los trabajadores son los elementos que determinan la permanencia en el mercado. En este contexto, ha resurgido con fuerza el debate sobre la participación de los trabajadores en el capital social, no como una manifestación del histórico accionariado obrero¹ sino como una herramienta de gestión empresarial, en la suerte de un colaboracionismo voluntario o "neocomunitarismo", donde los empleados, impregnados de la cultura empresarial, se integran patrimonialmente en la sociedad en la que prestan servicios². Este renovado interés, favorecido con la aprobación de diversas iniciativas comunitarias tendentes a fomentar el uso de esquemas de participación finan-

(1) SUÁREZ GONZÁLEZ, F., "Accionariado obrero y capitalismo popular", en AAVV, Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa, FDUCM, Madrid, 1967, págs. 269 y ss.

(2) MERCADER UGUINA, J.R., Modernas tendencias en la ordenación salarial, Aranzadi, Navarra, 1996, pág. 211.

ciera³, persigue incrementar la implicación de los empleados en la empresa, que redunde en aumentos en la productividad y reduzca los niveles de conflictividad social.

Estos mecanismos han adquirido una notable difusión en la práctica societaria, especialmente en los países que, siguiendo las recomendaciones comunitarias, han impulsado un marco legislativo de fomento de estas fórmulas. En España, el mandato impuesto a los poderes públicos de favorecer el acceso de los trabajadores a los medios de producción —artículo 129.2 CE— encontró un tímido acomodo en la Ley de Sociedades Anónimas⁴, con ocasión de la transposición de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como a sus modificaciones y ampliaciones de capital⁵, en lo sucesivo Segunda Directiva en materia de sociedades⁶, recientemente modificada por la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006⁷.

Con esta norma, el legislador comunitario impulsó dos fórmulas de participación accionarial de los trabajadores, en primer lugar, prevé que la sociedad pueda adquirir acciones propias para distribuir las entre los empleados y, en segundo lugar, el artículo 23.2 de la Directiva autoriza las operaciones de asistencia financiera dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por el personal de la sociedad o de otra sociedad del grupo.

Estas previsiones, incorporadas al ordenamiento español con sendas modificaciones en la legislación societaria⁸, han canali-

**HA RESURGIDO EL DEBATE
SOBRE LA PARTICIPACIÓN
DE LOS TRABAJADORES EN
EL CAPITAL SOCIAL
COMO UNA HERRAMIENTA
DE GESTIÓN EMPRESARIAL,
DONDE LOS EMPLEADOS
SE INTEGRAN
PATRIMONIALMENTE
EN LA SOCIEDAD
EN LA QUE PRESTAN
SERVICIOS**

(3) Iniciado con el primer informe PEPPER (*Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member Status of the European Community*) elaborado en 1991 y la posterior aprobación de la Recomendación 92/433/CEE, del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la promoción de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa (incluida la participación en el capital). (DO L 245 de 26 de agosto de 1992.) Los resultados fueron evaluados en el Informe PEPPER II (1996) y más recientemente la Comunicación relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores insiste en la necesidad de implantar estos esquemas, COM (2002) 364 final.

(4) RDLeg 1564/1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE de 27 de diciembre de 1989).

(5) DO L 026, de 31 de enero de 1977.

(6) La esperada promulgación del Reglamento 2157/2001, por el que aprueba el Estatuto para una Sociedad Anónima Europea y su complementaria Directiva 2001/86 no han previsto nuevas fórmulas de participación de los trabajadores en el capital social.

(7) Aunque en lo atinente a nuestro estudio, no existe ninguna modificación especialmente relevante. Esta Directiva ha sido publicada en el DOUE de 25 de septiembre de 2006.

(8) Se modificaron el artículo 75.1 LSA —adquisición derivativa de acciones propias— y el artículo 81.2 LSA —excepción de la prohibición general si las operaciones de asistencia financiera están dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por los empleados—.

zando la participación accionarial de los trabajadores a través de la distribución de acciones o de opciones sobre acciones⁹, bien de forma gratuita o de manera onerosa, aunque, en este último caso, la sociedad puede establecer cauces de financiación dirigidos a facilitar la adquisición de acciones por los trabajadores. Este último mecanismo, previsto en el artículo 81.2 LSA, presenta numerosas implicaciones laborales, especialmente, cuál es el ámbito de aplicación de la excepción y la posible naturaleza salarial de las atribuciones patrimoniales derivadas de estas operaciones.

2. ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES

El artículo 81.1 LSA prohíbe la prestación de asistencia financiera a terceros para la adquisición de acciones propias, en consecuencia, la sociedad no puede realizar operaciones económicas que generen una atribución patrimonial a un tercero para la adquisición de acciones.

Esta prohibición persigue suprimir prácticas empresariales consistentes en la concesión de préstamos que puedan suponer un riesgo patrimonial a la sociedad, bien alterando la estructura de poder o distrayendo recursos propios para financiar la adquisición¹⁰. Con las operaciones de auxilio financiero, la sociedad sufre una merma patrimonial sin contrapartidas, al sustituir parte de su patrimonio social por un crédito con un tercero adquirente de las acciones.

Aunque, el propio artículo 81 LSA, en sus apartados segundo y tercero, exceptúa del principio general prohibitivo las operaciones dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por el personal de la empresa o de otra sociedad de grupo –artículo 81.2 LSA– y a las operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de créditos en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad –artículo 81.3 LSA–.

La ratio de esta excepción se fundamenta en la especial calidad de las partes¹¹; en el caso de las operaciones realizadas por los bancos y otras entidades de crédito, las operaciones de asistencia financiera forman parte de la actividad normal de estas entidades y la excepción que nos ocupa, prevista en el artículo 81.2 LSA, responde a un objetivo de política social, cual es favorecer la participación accionarial de los trabajadores en la empresa.

(9) Las implicaciones jurídicas de estas fórmulas han sido ampliamente analizadas por la doctrina, especialmente en lo concerniente a las opciones sobre acciones. Por todos, AAVV, *Stock options, tres perspectivas: mercantil, laboral y fiscal*, Aranzadi, Navarra, 2001.

(10) Sobre los orígenes de esta prohibición, VAQUERIZO ALONSO, A., *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 49 y ss.

(11) PAZ-ARES, C., “Negocios sobre las propias acciones”, en AAVV, *La reforma del Derecho español de las sociedades del capital*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 604.

No obstante lo anterior, con la reciente aprobación de la Directiva 2006/68, se permite que en aquellos Estados Miembros donde la legislación prevea la asistencia financiera a un tercero, distinto de las excepciones previstas en la propia Directiva –trabajadores y entidades de crédito–, estas operaciones sean posibles siempre que respeten los requisitos enunciados en la Directiva¹².

A) Requisitos y ámbito objetivo

Admitido el fundamento dogmático de la excepción, facilitar la integración de los trabajadores en el capital social, debemos plantearnos cuáles son los requisitos que deben respetar estas operaciones y qué negocios conforman el ámbito objetivo de la excepción prevista en el artículo 81.2 LSA.

a) Requisitos de las operaciones de asistencia financiera

A pesar de que la legislación nacional no establece ninguna previsión específica sobre los requisitos que deben observar las operaciones de auxilio financiero en favor de los trabajadores, la literalidad de la Directiva y una interpretación teleológica de la norma instan a defender que es necesario el uso de bienes libres y la constitución de una reserva equivalente a los créditos anotados en el activo en concepto de asistencia financiera.

El artículo 23.2 de la Segunda Directiva en materia de sociedades menciona la exigencia relativa a la utilización de fondos libres y a la dotación de una reserva sin hacer distinción entre las dos excepciones legales (adquisición de acciones por los trabajadores y operaciones realizadas por los bancos y entidades de crédito). Por tanto, todas las operaciones de auxilio financiero dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por los trabajadores deben respetar la integridad del capital social; ni los acreedores ni el tráfico societario deben sufrir las consecuencias económicas derivadas de estas operaciones¹³.

Existe una presunción sobre la licitud de estos negocios, presunción que podrá ser desvirtuada si se demuestra que el objetivo del auxilio financiero dirigido a facilitar la adquisición de acciones por los trabajadores es defraudar a los acreedores o actuar en contra del interés social, en este caso, la operación será afectada por la prohibición general prevista en el artículo 81.1 LSA¹⁴.

(12) La Directiva 2006/68/CE, de 6 de octubre de 2006, ha modificado el artículo 23 de la Directiva 77/91/CE para exceptuar de la prohibición general de asistencia financiera a aquellas legislaciones que permitan la prestación de asistencia financiera a un tercero para la adquisición de acciones propias, bien de forma directa o indirecta, siempre que en dichas operaciones se cumplan las condiciones enunciadas en los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 23 de la Directiva 2006/68/CE. El texto modificado puede consultarse en: DOUE de 25 de septiembre de 2006, serie L 246, pág. 35.

(13) Vid. PAZ-ARES, C.; PERDICES HUERTO, A., “Los negocios sobre las propias acciones”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 486. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias*, Comares, Granada, 2001, pág. 341.

(14) VAQUERIZO ALONSO, A., *op. cit.*, pág. 519. También se muestran contrarios a las operaciones de financiación a un único trabajador por contravenir ese acto “principio tan evidente como el del interés social”, PAZ-ARES, PERDICES HUERTO, A., *op. cit.*, pág. 485.

En segundo lugar, nos tenemos que cuestionar si la excepción dirigida a facilitar la adquisición de acciones por los trabajadores exige que estas operaciones sean colectivas excluyendo, en consecuencia, negocios dirigidos a un único empleado. Una parte de la doctrina defiende que no es posible articular operaciones de asistencia financiera dirigidas a un único trabajador ya que la ratio de la excepción es favorecer la participación accionarial de los trabajadores, entendidos como una colectividad¹⁵, aunque, dado el silencio legal y haciendo una interpretación extensiva de la excepción, entiendo que la empresa sí que podría facilitar la entrada de un único trabajador, valioso en términos empresariales, en el capital social, asistiendo financieramente esta operación en el marco de la excepción consignada en el artículo 81.2 LSA.

No obstante, en la mayoría de los Estados Miembros, para poder optar a los beneficios fiscales vinculados a la implantación de fórmulas de participación financiera, estas operaciones deben realizarse en el marco de la política retributiva general de la empresa, o en su caso del grupo de sociedades. Esta opción ha sido asumida por el legislador español al considerar que la entrega gratuita de acciones y los programas de ofertas de acciones a precio inferior al del mercado no tendrán la calificación de rendimientos de trabajo en especie, siempre que la oferta de adquisición se realice a trabajadores que se encuentren en activo, se entreguen acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades y que el conjunto de las acciones entregadas por trabajador no supere una determinada cantidad (artículo 43.2 Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

b) Ámbito objetivo de la excepción

Finalmente, respecto a cuáles son las operaciones que pueden quedar subsumidas en la excepción, el propio artículo 81.1 LSA establece los tres negocios más utilizados para instrumentar las operaciones de auxilio financiero –anticipar fondos, conceder préstamos o prestar garantías– pero establece una cláusula de cierre en la que se incluye cualquier otra operación que tenga como resultado directo una atribución patrimonial que permita a los trabajadores adquirir acciones de la sociedad empleadora o de otra sociedad de grupo.

El hecho relevante es que, con este auxilio, un tercero pueda adquirir acciones financiadas por la sociedad; en segundo lugar, es necesario que este propósito de adquisición se haga patente en el contrato, debiendo actuar como motivo común (de la sociedad y del tercero financiado); únicamente se podrá hablar de asistencia financiera, en el sentido del artículo 81.2 LSA, cuando la finalidad de la norma sea facilitar la adquisición de acciones por un tercero. Existe, en consecuencia, una relación de causalidad de carácter netamente final entre el suministro de financiación por la sociedad y la adquisición de acciones¹⁶.

(15) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., *op. cit.*, pág. 339.

(16) VAQUERIZO ALONSO, A., *op. cit.*, pág. 126.

Admitida esta previsión, existen determinados negocios cuya inclusión en el ámbito de la excepción no es una cuestión pacífica; especialmente aquellas operaciones cuya finalidad principal no es la adquisición de acciones sino que ésta es un resultado accesorio de aquella operación. Así, la admisibilidad dentro de las operaciones de asistencia financiera de supuestos dudosos, como son la entrega de opciones sobre acciones, las compras apalancadas de empresas por los trabajadores o la distribución de obligaciones convertibles en acciones, sólo será posible si existe un nexo causal entre el auxilio prestado por la sociedad y la posterior adquisición de acciones por el tercero asistido.

– Opciones sobre acciones

Como es sabido, la entrega de opciones sobre acciones es un negocio en virtud del cual la empresa ofrece al trabajador con carácter irrevocable una opción personal e intransferible de comprar o no, a un precio reducido, acciones de la propia empresa o de otra ajena a la relación laboral, en un momento fijado o dentro de un plazo concreto, de manera que la empresa adquiere la obligación de entregar al trabajador el número de acciones fijado al precio convenido, cuando vencido el plazo perfeccione el derecho a comprarlas y ejercite la opción¹⁷. Con estas operaciones, la sociedad persigue retener a los trabajadores más valiosos que no podrán adquirir las acciones hasta que no haya transcurrido el plazo previsto en el plan.

Aunque con la entrega de opciones sobre acciones la sociedad pueda proveer fondos a terceros, su objetivo no es éste sino que responde a una lógica distinta, cual es fidelizar a los trabajadores que sólo podrán ejercitar su opción y obtener algún beneficio si permanecen en la empresa el tiempo fijado en el documento de concesión de la opción. No existe, en consecuencia, el nexo causal entre la financiación y la posterior adquisición, requisito exigido para poder encuadrar este negocio dentro de la excepción prevista en el artículo 81.2 LSA¹⁸.

**EXISTEN DETERMINADOS
NEGOCIOS CUYA
INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO
DE LA EXCEPCIÓN
NO ES UNA CUESTIÓN
PACÍFICA; ESPECIALMENTE
AQUELLAS OPERACIONES
CUYA FINALIDAD
PRINCIPAL NO ES
LA ADQUISICIÓN
DE ACCIONES SINO
QUE ÉSTA ES UN
RESULTADO ACCESORIO**

(17) STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001 (Ar. 779).

(18) PAZ-ARES, C., *Comentarios*, op. cit., pág. 482. En contra de esta tesis, VAQUERIZO ALONSO defiende que la entrega de opciones sobre acciones a los trabajadores puede encuadrarse dentro del régimen excepcional del artículo 81.2 LSA, dada la amplitud de la definición prevista en la LSA, op. cit., pág. 522.

– Compras apalancadas o *leveraged buy-out*

Otra de las operaciones cuestionadas son las compras apalancadas realizadas por trabajadores, LBO –*Leveraged Buy-Out*– en la terminología anglosajona. Esta operación se puede definir como la adquisición por los trabajadores de un paquete de control de una sociedad (*target*), utilizando para ello fuentes de financiación ajenas en su mayor parte al grupo promotor de la operación y reembolsable con cargo a los recursos patrimoniales de la propia sociedad. El resultado de todo LBO es el traslado sobre el patrimonio de la sociedad adquirida del coste de la adquisición.

La falta de una regulación positiva sobre las implicaciones de estas operaciones y la traslación del coste de la operación a la sociedad adquirida son los argumentos utilizados para defender su no admisibilidad entre los negocios exceptuados de la prohibición general de asistencia financiera a favor del personal de la empresa¹⁹, ya que los riesgos implícitos a estos negocios no desaparecen aunque sean los trabajadores quienes realicen dicha operación²⁰.

Pero, *a sensu contrario*, si el coste de las compras apalancadas realizadas por los trabajadores no es soportado, total o parcialmente, por el patrimonio social y el préstamo o crédito concedido para la adquisición del *target* es reembolsado con cargo a recursos libres, dichos negocios podrán ser subsumidos en la excepción prevista en el artículo 81.2 LSA. En consecuencia, sólo serán prohibidas aquellas operaciones cuyo coste sea repercutido sobre el patrimonio de la sociedad adquirida²¹.

– Obligaciones convertibles en acciones

El último supuesto que tiene un difícil encaje en el régimen excepcional del artículo 81.2 LSA es la asistencia financiera de la sociedad para que los trabajadores adquieran obligaciones convertibles en acciones. Este mecanismo societario, regulado en el artículo 292 LSA, incorpora para su titular un derecho, no la obligación, de adquisición o suscripción de un valor de la propia entidad emisora o de otra entidad, en un tiempo o plazo hábil de ejercicio y por un precio determinado o determinable²².

Como hemos visto, la operatividad del artículo 81 LSA exige que la sociedad suministre financiación a un tercero para la adquisición de acciones. En el supuesto que nos ocupa, la sociedad puede instrumentar obligaciones con fines distintos, perfectamente legítimos, por ejemplo, obtener créditos a un interés más bajo que en el mercado, así, el interés

(19) Vid. también. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., “La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias como obstáculo a ciertas compras apalancadas o *leveraged buy outs*”, en RDM, núm. 232, 1999, pág. 578.

(20) VAQUERIZO ALONSO, A., *op. cit.*, pág. 523.

(21) FLORES DOÑA, M.S., *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Edersa, Madrid, 2002, pág. 239.

(22) FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias (artículo 81.2 LSA)”, en RDBB, núm. 47, 1992, pág. 834.

societario no es tanto favorecer la adquisición de acciones por tercero sino utilizar estas obligaciones como un instrumento sustitutivo de ampliaciones del capital social.

Por ello, hasta el momento que el titular de la obligación no ejercite el derecho de conversión y se convierta en accionista de la sociedad, la entrega de obligaciones convertibles no debe considerarse subsumida en el régimen privilegiado previsto en el artículo 81.2 LSA²³.

B) Ámbito subjetivo de aplicación. Beneficiarios

Otro de los problemas interpretativos que se plantea en relación a la asistencia financiera a favor de los trabajadores es determinar el concreto círculo de beneficiarios de la excepción. El artículo 23.2 de la Segunda Directiva en materia de sociedades establecía exceptuadas de la prohibición general de asistencia financiera las operaciones dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por el “personal” de la sociedad o de una sociedad afín a ésta. Las significativas diferencias sobre participación accionarial de los trabajadores entre los Estados Miembros forzaron al legislador comunitario a optar por un término genérico e impreciso como “personal” a la hora de delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de esta excepción. Esta redacción fue una auténtica “carta blanca”²⁴ para los legisladores nacionales.

En España, el artículo 81.2 LSA reprodujo el término “personal”, terminología que no es utilizada en el ordenamiento laboral para encuadrar a los sujetos tutelados por el ET; no obstante, todos los trabajadores sujetos a una relación laboral común pueden ser asistidos financieramente por la sociedad para la adquisición de acciones propias o de otra sociedad del grupo, siendo irrelevante la modalidad contractual que les una con la sociedad²⁵. Del mismo modo, los trabajadores de alta dirección, sujetos a una relación laboral de carácter especial, también podrán quedar incluidos en el marco de la excepción²⁶.

Por el contrario, los administradores, excluidos de la tutela del ordenamiento laboral²⁷, no podrán participar en operaciones de asistencia financiera. Entre las razones que fundamentan esta exclusión están los posibles conflictos de intereses entre la sociedad asistente

(23) PAZ-ARES, C.; PERDICES HUERTO, A., *op. cit.*, pág. 419; En contra de esta tesis, BAYONA GIMÉNEZ, R., “La prohibición de asistencia financiera”, en *Aranzadi RdS*, núm. 19, 2002, pág. 319 [“La asistencia financiera para la adquisición de acciones convertibles puede provocar los mismos resultados prácticos y por tanto debe incluirse en el ámbito de aplicación de la norma”].

(24) FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Asistencia*, *op. cit.*, pág. 845.

(25) Inclusión unánime en la doctrina mercantilista; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *op. cit.*, pág. 813; VAQUERIZO ALONSO, A., *op. cit.*, pág. 525; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., *La asistencia*, *op. cit.*, pág. 336.

(26) FLORES DOÑA, M.S., *Adquisición*, *op. cit.*, pág. 302.

(27) Artículo 1.3.c) ET. Sobre el origen y fundamento de esta exclusión, vid. MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 13ª edición, Madrid, 2004, pág. 173. El artículo 1.3.c) ET excluye del ámbito laboral a quien desarrolla una actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes al cargo.

y los administradores asistidos, dada la facultad de los administradores para intervenir activamente en la adopción de operaciones de auxilio financiero²⁸.

No obstante y a tenor de lo dispuesto en el artículo 130 LSA, la retribución de los administradores sí que podrá incluir la entrega de acciones o de opciones sobre acciones de la compañía o de una sociedad de grupo, siempre que esta retribución esté prevista en los Estatutos sociales y para su aplicación se obtenga el acuerdo favorable de la Junta General.

La exclusión de los administradores de las operaciones de asistencia financiera sigue la tendencia legislativa iniciada en otros Estados Miembros; en Francia los artículos 106 y 148 de la Ley de Sociedades excluyen expresamente a los administradores de los negocios de asistencia financiera con independencia de la finalidad de esta operación. En Alemania, el artículo 115 AktG prohíbe la concesión de créditos a los miembros de la dirección o del Consejo de Administración sin el consentimiento expreso de la Junta General y en Italia, el artículo 2624 del Código Civil prohíbe que los administradores reciban dinero de la sociedad para la adquisición de acciones. El régimen más permisivo radica en Gran Bretaña donde la section 153(4) CA regula que los administradores (*directors*) pueden beneficiarse de un plan de participación financiera (*employee share scheme*), pero los excluye como beneficiarios de los préstamos que haga la sociedad directamente a sus empleados sin la mediación de un programa de integración de los trabajadores.

Finalmente, algunos autores²⁹ defienden que la propia racionalidad del artículo 129.2 CE y la finalidad social de esta norma mercantil podrían ser títulos habilitantes para incluir como beneficiarios a otras personas, excluidas del ordenamiento laboral, pero que mantienen una relación de dependencia respecto a la sociedad financiadora. Los falsos autónomos, los trabajadores “parasubordinados”, o personas que ya no presten servicios en la sociedad podrían ser incluidos en operaciones de asistencia financiera impulsadas por la sociedad.

Esta interpretación no puede ser admitida con la redacción actual del artículo 81.2 LSA, no obstante, y con el objetivo de favorecer la participación en la empresa, sería conveniente que, *de lege ferenda*, se extendiese el ámbito subjetivo de aplicación de este mecanismo societario, incluyendo dentro de la excepción a personas dependientes de la sociedad, aunque no estuviesen vinculadas a ésta mediante un contrato de trabajo.

Otro de los problemas interpretativos ha sido la admisión de sociedades intermedias dedicadas a la tenencia y gestión de acciones de los trabajadores en el ámbito subjetivo de la excepción. El artículo 23.2 de la Directiva exceptuaba del régimen general prohibitivo a “las operaciones efectuadas para la adquisición de acciones por o para el personal de

(28) La exclusión de los administradores es, a juicio de FERNÁNDEZ DEL POZO, “aventurada”, *vid.* “Revisión crítica a la prohibición de asistencia financiera”, en RDS, núm. 234, 1994, pág. 186. Por el contrario, se muestran a favor de esta exclusión VAQUERIZO ALONSO, A., *op. cit.*, pág. 525; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., *op. cit.*, pág. 336.

(29) PAZ-ARES, C.; PERDICES, A., *Comentarios*, *op. cit.*, pág. 478; BAYONA GIMÉNEZ, R., *op. cit.*, pág. 358.

la sociedad o de una sociedad afín a ésta”, pero el artículo 81.2 LSA no consignó la expresión “para el personal”. Este argumento ha sido utilizado por parte de la doctrina para defender la no inclusión de estas sociedades dentro del círculo de beneficiarios de las operaciones de asistencia financiera³⁰. En cambio, una interpretación conforme con la Directiva y la propia finalidad de la norma (artículo 3.1 CC) debe forzar su admisión³¹.

En otros Estados Miembros, la creación de estas sociedades ha sido un éxito para la adquisición y gestión de activos de los empleados. En principio, los trabajadores pueden ser reacios a concentrar su capital exclusivamente en su empresa pero si se crea un mecanismo colectivo que diversifique su inversión, los posibles riesgos se reducen. La dilatada trayectoria de los fideicomisos (trust) en Inglaterra o los planes de ahorro colectivos (*plan d'épargne entreprise*) en Francia son un claro ejemplo del éxito de estas fórmulas de participación colectiva.

Finalmente, la finalidad de la norma, facilitar la participación accionarial de los trabajadores en la empresa en sentido económico, justifica que la Segunda Directiva integre los negocios de asistencia financiera para la adquisición de acciones por los trabajadores de cualquier sociedad del grupo y no exclusivamente de la sociedad empleadora; para ello, la norma comunitaria permite que cualquier sociedad del grupo instrumente cauces de financiación dirigidos a facilitar la adquisición de acciones propias o de una sociedad afín.

En España se planteó cuál era el concepto de grupo a efectos de aplicación de la excepción prevista en el artículo 23.2 de la Segunda Directiva. En la transposición de dicho precepto podría interpretarse que la norma comunitaria se refería al rígido concepto de grupo fiscal o a un término más amplio, utilizando la concepción de grupo prevista en el artículo 42 del Código de Comercio, opción finalmente admitida. Por tanto, a los efectos de la excepción prevista en el artículo 81.2 LSA se utilizará el concepto de grupo mercantil previsto en el artículo 42 CCom., que establece que dos sociedades formarán parte

**EN OTROS ESTADOS
MIEMBROS, LA CREACIÓN
DE ESTAS SOCIEDADES
HA SIDO UN ÉXITO
PARA LA ADQUISICIÓN
Y GESTIÓN DE ACTIVOS
DE LOS EMPLEADOS**

(30) GARCÍA CRUCES, J.C., “Comentario al artículo 81 LSA”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tecnos, Madrid, 201, pág. 813; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., *op. cit.*, pág. 340.

(31) BAYONA GIMÉNEZ, R., “La prohibición”, *op. cit.*, pág. 378; VÁZQUEZ CUETO, J.C., *Régimen jurídico de la autocartera*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 491.

del mismo grupo cuando, siendo una sociedad socio de otra, se encuentre en relación la misma en alguno de los siguientes casos:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los órganos de administración, que desempeñen su cargo en el momento en el que se deban formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Esta solución fue plenamente coherente con el espíritu que inspiró la segunda Directiva, en cambio, la legislación nacional se aparta de la norma comunitaria a la hora de delimitar quiénes pueden prestar asistencia financiera dentro del grupo de sociedades ya que en España, a tenor de lo previsto en el artículo 81.2 LSA, “Lo dispuesto en el apartado anterior (prohibición general de asistencia financiera) no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo”, el trabajador sólo podrá obtener asistencia financiera de la sociedad donde presta sus servicios y no de cualquier sociedad del grupo.

C) Origen y naturaleza del beneficio obtenido en estas operaciones

La decisión de fomentar planes de participación de los trabajadores en el capital social mediante operaciones de auxilio financiero puede tener su origen en una decisión unilateral de la sociedad, ser pactada en el contrato de trabajo, generalmente por trabajadores con un alto poder de negociación o prevista en el correspondiente convenio colectivo, fórmula bastante minoritaria en la práctica negocial española. Uno de los escasos convenios colectivos donde se ha pactado una operación de auxilio financiero es el de la empresa Oerlikon Soldadura³², concretamente el artículo 31.3 de dicho convenio prevé la posibilidad de que la sociedad otorgue préstamos a los empleados para la adquisición de acciones.

En la práctica societaria española, lo más frecuente es que la asistencia financiera sea producto de una decisión libre de la empresa, que aplica criterios de política retributiva “participativa”³³. En este caso, son los administradores sociales, cuya actuación debe guiarse por el respeto al interés social y a los deberes fiduciarios, quienes determinen el

(32) Convenio colectivo Oerlikon Soldadura, SA (BOE de 7 de agosto de 2002).

(33) FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en el Derecho Societario”, en RDM, núm. 234, 1999, pág. 1405.

concreto círculo de beneficiarios incluidos en la operación y las condiciones de participación, pudiendo exigir el cumplimiento de determinados requisitos, por ejemplo, una antigüedad mínima en la empresa o la superación de determinados objetivos; siempre que dicha decisión se justifique en elementos de carácter objetivo y razonable.

Admitida la competencia de los administradores sociales para determinar las condiciones de la operación, debemos plantearnos cuál es la calificación jurídica de las ventajas económicas obtenidas por los trabajadores. La calificación de este lucro no ha sido objeto de un pronunciamiento expreso en la legislación societaria, tampoco encontramos ninguna previsión sobre la naturaleza de estas operaciones en el ordenamiento laboral pero, en la medida que estos cauces de financiación puedan suponer un ahorro para el trabajador cabría, en determinados supuestos, su calificación como salario.

Esta ventaja vendrá determinada por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado y el precio de venta ofertado por la empresa, si la asistencia financiera se ha instrumentado mediante un descuento en el precio de venta. Del mismo modo, si la sociedad oferta un plan de participación financiera a través de un préstamo sin interés dirigido a la compra de acciones, la ganancia obtenida por los trabajadores será el valor del interés legal del dinero en el momento de la adquisición.

Como hemos visto, la participación en estas operaciones está condicionada al mantenimiento de una relación laboral; existe, en consecuencia, un nexo causal entre la condición de trabajador de la empresa (o de alguna sociedad afín) y la ventaja que, en orden a la adquisición de acciones, la empresa atribuye a los beneficiarios³⁴. Este descuento forma parte de la retribución de los trabajadores asistidos, ya que esta operación tiene un valor económico cuantificable y trae causa en el contrato de trabajo, que se configura como requisito para participar en la operación. El artículo 141.2 TCE califica como retribución el “salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”.

No obstante, de este hecho no puede deducirse que la ganancia obtenida tenga naturaleza salarial; la presunción de salariedad contenida en el artículo 26 ET “se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables por trabajo”, sólo opera si la atribución patrimonial trae causa en el trabajo prestado.

Por tanto, todas las partidas que respondan a un ánimo diverso al remuneratorio, aunque se reciban con ocasión de la vigencia de la relación laboral, quedarán fuera del concepto de salario. En las operaciones de asistencia financiera, el lucro obtenido por el trabajador

(34) GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La retribución del trabajador mediante stock options: la cuestión de la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001 y 1 de octubre de 2002”, en *Tribuna Social*, núm. 148, 2003, pág. 56.

no tendrá carácter salarial, ya que no encuentra su origen en la prestación del trabajo³⁵ sino que responde a un objetivo de gestión; la empresa utiliza estos mecanismos para interesar a los trabajadores en la marcha del negocio, integrándoles patrimonialmente en la sociedad donde prestan servicios.

Otra razón para negar el carácter salarial de estas partidas es que el potencial aumento en la capacidad económica de los trabajadores asistidos sólo se producirá después de una opción de consumo de éstos, es decir, la empresa ofertará un plan de compra de acciones en términos más ventajosos que el valor de estos títulos en el mercado bursátil y los trabajadores optarán, en ese momento, por adquirir o no acciones de la sociedad empleadora o de otra sociedad del grupo. Sólo los trabajadores que decidan comprar acciones acogiendo a esta operación, podrán ver aumentada su capacidad económica.

La desconexión de esta potencial atribución patrimonial y la prestación de servicios profesionales es evidente, no trae causa en el trabajo prestado y, por tanto, no podrá ser calificado como salario. El lucro obtenido de estas operaciones está, en consecuencia, separado de la prestación de trabajo, rompiéndose la relación de dependencia entre la ventaja obtenida y el contrato de trabajo³⁶. La ventaja patrimonial se obtiene de un título contractual autónomo respecto de la relación de trabajo; la asistencia financiera es un negocio jurídico mercantil cuya función es integrar a los trabajadores en el capital social³⁷.

Cuestión distinta sería que las ventajas patrimoniales obtenidas fueran la contraprestación empresarial del trabajo, en este caso, estas atribuciones deben calificarse como salario. Así, si una empresa oferta la participación en un negocio de auxilio financiero entre los elementos que conforman un determinado paquete retributivo a un único trabajador y éste acepta esta fórmula como parte de su salario, parece clara su naturaleza salarial, dada la vinculación entre la atribución patrimonial y la prestación profesional. Del mismo modo, si la participación en una operación de asistencia financiera está condicionada al cumplimiento de determinados objetivos, previamente pactados, este lucro también formará parte del salario del trabajador.

La libertad que existe en materia remuneratoria permite estas operaciones, por tanto, sería posible que entre los elementos que conformasen el salario de un trabajador se encuentren las ventajas económicas derivadas de operaciones de asistencia financiera, o de forma más clara, un trabajador podría recibir acciones como contraprestación empresarial de sus servicios.

(35) PRADAS MONTILLA, R., "Salario y técnicas de incorporación o fidelización de los trabajadores", en *Documentación Laboral*, núm. 63, 2000, pág. 9.

(36) MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pág. 347.

(37) LANDA ZAPIRAÍN, J.P., "Las nuevas formas de participación en la empresa", en AAVV, *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. Ponencias XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, AEDTSS, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pág. 347.

Pero, el artículo 81.2 LSA es un negocio jurídico mercantil que no responde a un ánimo retributivo sino que prevé que los trabajadores puedan adquirir acciones de la sociedad empleadora o de otra sociedad del grupo, utilizando para ello los cauces de financiación suministrados por alguna de estas sociedades.

Una sociedad puede instrumentar estos planes como un elemento de diferenciación empresarial dentro de los denominados beneficios accesorios o *fringe benefits*³⁸. Con estas operaciones, la sociedad premia o recompensa a sus trabajadores que podrán adquirir títulos de la sociedad o de otra sociedad del grupo a un precio inferior al del mercado. La lógica que subyace en estas fórmulas de participación accionarial es clara, conseguir una mayor implicación de los trabajadores que tenga una incidencia positiva en la productividad y favorezca la competitividad empresarial³⁹.

Tesis distinta es la mantenida en la STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2002⁴⁰ que enjuicia la indemnización que corresponde a una trabajadora que ha sido despedida de forma improcedente en el grupo Inditex; en este supuesto, la empleada había sido beneficiaria del Plan de distribución gratuita de acciones impulsada por la empresa con ocasión de su salida al mercado bursátil y posteriormente había sido incluida en los planes de compra de acciones con descuento.

El TSJ calificó como salario la ventaja patrimonial obtenida en ambas operaciones⁴¹, en el caso de la asistencia financiera, prevista en el Folleto Informativo sobre la Oferta Pública de Venta de Acciones de Inditex, donde se establece que “a los efectos de disfrutar el descuento señalado en el apartado anterior, los empleados deberán mantener las acciones de Inditex adquiridas en el contexto del Tramo de Empleados de la Oferta en propiedad durante un período mínimo de seis meses desde la fecha de su adquisición (esto es, hasta el 22 de noviembre de 2001). Si algún empleado vendiera las acciones adquiridas en el Tramo de Empleados antes del 22 de noviembre de 2001, deberá comunicarlo a la Dirección de

**EN LA PRÁCTICA
SOCIETARIA ESPAÑOLA,
LO MÁS FRECUENTE
ES QUE LA ASISTENCIA
FINANCIERA SEA
PRODUCIDA POR
UNA DECISIÓN LIBRE DE
LA EMPRESA,
QUE APLICA CRITERIOS
DE POLÍTICA RETRIBUTIVA
“PARTICIPATIVA”**

(38) MUÑOZ RUIZ, A.B., “Tendencia al alza de los *fringe benefits* o beneficios accesorios”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 466. [“Estas utilidades, dinerarias o en especie, quedan al margen de la retribución del trabajo realizado, su origen está en la relación laboral, es decir, en el hecho de prestar servicios en la empresa, (...)”].

(39) FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Participación*, op. cit., pág. 1368.

(40) STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2002 (As. 2253).

(41) STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2002 (As. 2253).

Personal de Inditex y reintegrar el descuento del 10% disfrutado en la adquisición de las acciones todo ello sin perjuicio de las consecuencias fiscales que pudieran derivarse de la enajenación”, este descuento es calificado como salario para los efectos de cálculo de la indemnización por despido improcedente, en base a que esta ganancia tuvo su origen y causa en la relación de trabajo y se explica en cuanto remuneradora también de los servicios prestados.

3. CONCLUSIONES

La utilización de fórmulas que posibilitan la integración de los trabajadores en el capital social, bien mediante la entrega gratuita de acciones o a través de operaciones de asistencia financiera, están en fase de asentamiento y consolidación en la práctica societaria española. La superación de un modelo *fordista* de producción, donde primaban estructuras salariales igualitarias, ha dado paso a modelos económicos que valoran la aportación del individuo a la organización⁴².

En este nuevo marco, la retribución de los trabajadores supera el concepto tradicional de remuneración y se configura como un factor de gestión empresarial. Las empresas idean, en consecuencia, modelos de compensación atractivos que supongan un aliciente para ingresar o permanecer en la compañía. Actualmente, la retribución no es exclusivamente la contraprestación monetaria del trabajo realizado sino que cumple un papel prominente en la captación y retención de los empleados más valiosos⁴³. Históricamente las estructuras retributivas eran diseñadas para que sirviesen a toda la organización con independencia de la contribución de cada trabajador a la empresa. Este modelo no sirve en el mercado de trabajo actual donde la competitividad está directamente relacionada con la creación de valor por los empleados.

Dentro de estos nuevos sistemas de compensación, las fórmulas de participación accionarial de los trabajadores están configurándose como un elemento clave en las políticas retributivas de las empresas, que ven en ellas un instrumento altamente eficaz para hacer converger los intereses de los accionistas con los de los empleados⁴⁴.

Su utilización ha sido claramente potenciada desde la Unión Europea, ya el Plan de Acción de 1974⁴⁵ contemplaba la participación de los trabajadores en la empresa aunque el impulso decisivo a las fórmulas de participación financiera se materializó en el primer

(42) MERCADER UGUINA, J.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Retribución variable y gestión del rendimiento”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, CCOO, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 386.

(43) Sobre la función que debe desempeñar la retribución, puede consultarse DELGADO PLANÁS, C., *Mucho más que salario. La compensación total flexible*, Pricewater House, Mc Graw Hill, Madrid, 2003, págs. 44 y ss.

(44) Garrigues & Andersen. Human Capital. Factbook, Retribuciones, Thomson, Aranzadi, Madrid, 2001, pág. 270.

(45) Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social, DO C 013, de 12 de febrero de 1974.

informe PEPPER (*promotion of employee participation in profits and enterprise results*) que analizó la situación existente en los diferentes Estados Miembros. Tras este estudio, el Consejo adoptó formalmente la Recomendación de la Comisión sobre las fórmulas de participación financiera de los trabajadores en la empresa, que insistía en que la implantación de estas prácticas tendría una incidencia positiva en los niveles de empleo, flexibilidad salarial y mejoraría la productividad de los trabajadores implicados. Para la consecución de estos objetivos, la Unión Europea enfatizaba en la necesidad de articular un marco normativo de fomento de estas fórmulas; los Estados Miembros debían potenciar la utilización de estos mecanismos de participación financiera mediante la creación de incentivos fiscales para las empresas y evitando la asunción de riesgos innecesarios por los trabajadores.

En el año 1997, el segundo informe PEPPER analizó la evolución de la participación financiera y concluyó que el éxito de estos mecanismos estaba estrechamente relacionado con la aprobación de un marco normativo de fomento de estas iniciativas y de la tradición y cultura empresarial existente en cada Estado Miembro⁴⁶; así en Francia o Inglaterra, donde existe una dilatada trayectoria legislativa de estos mecanismos, su utilización está bastante generalizada. No obstante lo anterior, el informe insistía en la necesidad de seguir potenciando estos esquemas participativos, especialmente a través de la implicación de los interlocutores sociales y favoreciendo el intercambio de información de las diferentes iniciativas llevadas a cabo.

En esta dirección, la Comunicación 2002 (364) final relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores insta a los Estados Miembros a crear un clima favorable para la adopción de este tipo de fórmulas que favorezca la consecución del objetivo marcado en la Cumbre Lisboa, hacer de Europa “la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo”. Aunque, también recuerda que los efectos positivos de la participación financiera se incrementarían si son el resultado de una estrategia empresarial que necesariamente incluya otros mecanismos de participación en la empresa (políticas de conciliación de la vida laboral y personal, políticas de compensación flexible) que apuesten por una implicación real de los trabajadores⁴⁷.

En España, la inexistencia de un marco normativo de fomento de la participación de los trabajadores en el capital social ha dificultado una implantación generalizada de estos mecanismos. No obstante, desde hace algunos años y como han puesto de manifiesto algunos informes⁴⁸, la utilización de este tipo de fórmulas, especialmente la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, ha experimentado un significativo crecimiento en las estrategias retributivas de las empresas cotizadas. La lógica inherente que subyace en estas fórmulas es favorecer la integración patrimonial del trabajador con el objetivo último de mejorar su implicación en la empresa y asegurar, de esta forma, la competitividad en el mercado.

(46) MERCADER UGUINA, J.R., “Los derechos de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, en RMTAS, núm. 57, 2005, pág. 299.

(47) Comunicación (2002) 364 final, relativa a un marco para la participación financiera, pág. 7.

(48) AAVV, Factbook. Retribuciones, op. cit., pág. 278.

La utilización creciente de estas fórmulas retributivas y las claras implicaciones laborales de estos mecanismos, especialmente la determinación de la naturaleza jurídica –salarial o extrasalarial– del lucro obtenido por los trabajadores en estas operaciones y los efectos derivados de esta calificación, exigen un pronunciamiento expreso por el legislador laboral que clarifique y fomente la utilización de fórmulas de participación financiera en las empresas.

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Derecho internacional y comunitario. 2. Legislación estatal y Comunidades Autónomas. 3. La Ley como fuente de derecho. 4. Ley y convenio colectivo. A) Cláusulas de jubilación forzosa. B) Negociación colectiva y Administración Pública. 5. El convenio colectivo como norma. A) Convenio colectivo y autonomía individual. B) Contenido. C) Modificación. D) La naturaleza contractual de los convenios extraestatutarios. E) Pervivencia de las ordenanzas laborales. 6. Ley y contrato de trabajo. 7. La función reguladora de la autonomía individual. 8. Condición más beneficiosa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 4 a 7 de 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 479 a 1011). Como ya se advirtió en crónicas precedentes, los tribunales del orden social no suelen pronunciarse sobre la función, naturaleza y ordenación de las fuentes de derecho. La resolución de los conflictos se basa, desde luego, en la interpretación y aplicación de la normativa pertinente, pero no se hacen consideraciones adicionales sobre el valor de la concreta fuente de derecho de la que se sirve el tribunal, su posición en el sistema de fuentes, o sus relaciones con otras normas.

En cualquier caso, pueden encontrarse pronunciamientos en los que, directa o indirectamente, los criterios dogmáticos sobre las fuentes juegan un relevante papel, en ocasiones porque es menester identificar si un determinado instrumento es o no fuente de derecho (para valorar su interrelación con otras fuentes o para determinar el peso que podría alcanzar en la formación de la convicción judicial), y en otras porque los criterios de localización y selección de la norma aplicable han de proporcionar al juez certidumbre sobre la idoneidad de la fuente de derecho que debe regir el concreto supuesto.

En verdad, la mayor parte de sentencias que serán objeto de comentario en esta crónica parte de litigios que coinciden sustancialmente con los ya relatados en crónicas ante-

riores, y la reiteración de doctrina es la característica más destacada. Supuestos como la subrogación de los trabajadores tras la descentralización del *handling* en Iberia, la responsabilidad en el pago de las cuotas colegiales de los ATS/DUE transferidos a las CCAA, la distribución de obligaciones salariales en colegios concertados, la validez o nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa o los diversos problemas que ha creado la conversión en entidad privada de Correos y Telégrafos, especialmente respecto de los contratos de interinidad, han sido frecuentes en los últimos años, y constituyen el grueso de los pronunciamientos judiciales sobre fuentes. Son, por lo demás, supuestos estos últimos que está resolviendo el Tribunal Supremo, que por su posición y composición es el órgano jurisdiccional –al margen de la jurisdicción constitucional– que ha de asumir un papel más destacado en la conformación y ordenación de las fuentes de derecho en general, y de la rama social en particular.

1. DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

Las fuentes de derecho internacional y comunitario no suelen basar los pronunciamientos de los tribunales españoles, sino, a lo sumo, se limitan a proporcionar pautas o argumentos adicionales para alcanzar una determinada solución. En cualquier caso, la correcta transposición de directivas comunitarias o las disfunciones que provoca la aplicación de una ley foránea en supuestos de hecho con elemento extranjero se plantean con cierta asiduidad.

Así puede apreciarse en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de febrero de 2006**, I.L. J 510. Un médico interno residente solicita que se califiquen como horas extraordinarias las dedicadas a las guardias, puesto que su tiempo de trabajo total superaba la jornada pactada en contrato. La sentencia no considera contradictorio el derecho español con la normativa comunitaria en materia de descanso entre jornadas, sino que la mayor duración establecida en el artículo 34.3 ET (12 horas entre jornadas) frente a la prevista en la Directiva 93/104/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 (11 horas), supone una mejora del ordenamiento español que no vulnera el principio de primacía del Derecho Comunitario. Estas normas tratan de velar por la salud del trabajador, y comoquiera que el artículo 34.3 ET no hace precisiones específicas para los médicos, el exceso de tiempo de trabajo que el actor efectuó entre agosto de 2003 y junio de 2004 es calificado como horas extraordinarias.

Quizá el RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, podría obligar a replantear esta solución, pues en la determinación de la jornada se prevén expresamente las guardias [“no podrá realizar más de siete guardias al mes”, artículo 5.1.c)]; además, la jornada semanal de 37.5 horas no es de inmediata aplicación, como advierte la DT Primera de dicha norma, reproduciendo idéntico ordinal de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Conviene recordar que la reclamación del demandante se circunscribía a

I. Fuentes del Derecho

las guardias realizadas entre 11 de agosto de 2003 y 1 de abril de 2004, y que el citado Estatuto Marco entró en vigor el 18 de diciembre de 2003; pese a ello, no se efectúa referencia alguna a dicha norma en la sentencia.

Por su parte, en la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 630, la cuestión objeto de litigio se centra en la identificación de la norma aplicable para la cuantificación de la paga extra del mes de junio que corresponde a los trabajadores de la embajada española en Roma. En concreto, los trabajadores solicitan que se les aplique la paga extra establecida en la normativa italiana. La sentencia acude al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, y advierte que el principal criterio consiste en la elección efectuada por las partes, siempre que no se vulneren normas imperativas de la ley que hubiera debido regir el contrato en defecto de elección. Si no hubiera elección, se aplica la *lex loci laboris*, o ley del lugar de prestación de servicios.

La Administración española no niega la preferencia del derecho italiano, pero alega que el salario contractual debe prevalecer si su importe en cuantía anual es superior al que resultaría de la aplicación de la normativa de ese país. En concreto, el salario se había pactado en términos anuales, y se abonaba en trece pagas; precisamente, ese pacto de salario global justificaba, a juicio de la Administración, la desestimación de la pretensión de percibir otra paga extraordinaria más. La sentencia acepta en principio esa tesis, pero reconoce la dificultad procesal que plantea, en la medida que es menester probar que el ordenamiento italiano reconoce una cláusula similar a la del ordenamiento español, porque el pacto salarial no podría en ningún caso vulnerar una norma imperativa italiana. La sentencia acude a la última doctrina jurisprudencial, contenida en la STS de 4 de noviembre de 2004 (recurso de casación u.d. 2652/2003), para advertir que la falta de prueba del derecho extranjero conlleva la aplicación del derecho español. Sobre esas bases, la sentencia desestima el recurso de la Administración porque no se prueba que el salario pactado con los trabajadores, y que se abonaba en trece pagas, fuera superior al que se devengaría en catorce pagas conforme a la legislación italiana.

2. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La determinación del sujeto responsable de satisfacer las cuotas colegiales de los ATS/DUE que han sido transferidos a las CCAA (cuotas que constituirían suplidos a cargo del empleador) es el litigio más frecuente ante los tribunales, al menos en el orden social, en los últimos dos años. En las crónicas precedentes se han reseñado cientos de sentencias del TS sobre el particular, con doctrina uniforme, en las que el TS acude a la Ley 12/1983, de Proceso Autonómico, para imputar al INGESA la responsabilidad por las cuotas abonadas por los propios ATS/DUE al Colegio con anterioridad a la transferencia, ya que esa norma impone a la Administración del Estado el deber de regularizar la situación económica y administrativa del personal a su servicio con carácter previo a la transferencia a la Comunidad Autónoma. En el período de referencia sostienen esa posición las **SSTS de 9 de mayo y 6 de junio de 2006**, I.L. J 733 y 931.

Respecto de las cuotas colegiales posteriores a la transferencia, son también numerosas las sentencias que deniegan la pretensión de que el nuevo empleador mantenga la ventaja concedida por el antiguo INSALUD. La solución [SSTS de 8 (nueve) y 14 de junio de 2005, I.L. J 1115, 1116, 1119, 1120, 1121 y 1114 (siete)] consiste en calificar como indemnización y no como salario el importe de las cuotas colegiales de los ATS/DUE que en su momento fueron asumidas unilateralmente por el INSALUD. A juicio del TS la transferencia exige a las CCAA respetar los derechos salariales del trabajador, y con ello asumir únicamente las obligaciones propiamente salariales, no las indemnizatorias, por lo que tras la transferencia los ATS/DUE deben satisfacer por sí mismos esas cuotas colegiales. Esta posición, con todo, no es novedosa, porque retoma la línea defendida por la STS de 4 de marzo de 2003 (recurso de casación 66/2002). En el período de referencia la **STS de 28 de abril de 2006**, I.L. J 601, se plantea el problema, pero no resuelve sobre el fondo aduciendo falta de contradicción, mientras que la **STS de 24 de mayo de 2006**, I.L. J 878, reitera doctrina eximiendo al Servicio Cántabro de Salud del abono de esas cuotas posteriores a la transferencia.

Junto a ese conflicto, ya tradicional, las **SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de enero y 17 de febrero de 2006**, I.L. J 481 y 589, han de identificar al sujeto responsable de las deudas salariales en relación con el llamado personal delegado por la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares. En concreto, un Decreto autonómico había impedido que los Cabildos contratasen directamente personal fijo para la prevención y extinción de incendios. De este modo, eran contratados por la Comunidad Autónoma, pero prestaban servicios bajo la dependencia del correspondiente Cabildo. Las sentencias califican esta situación como similar a la cesión de trabajadores, y acuden a la normativa estatal sobre el particular, recordando que la competencia legislativa en materia laboral corresponde al Estado y no a las autonomías.

El Tribunal hace una interpretación amplia de la prohibición de cesión de trabajadores, considerando que si se ha admitido dentro del grupo de empresas, debe también admitirse entre Administraciones y órganos administrativos, sin perjuicio eventualmente del nacimiento de responsabilidad solidaria por las deudas contraídas durante el período de puesta a disposición. El hecho de que esa cesión pueda regularse en normas administrativas no es obstáculo para esta solución, ya que tales normas limitan sus efectos a la coordinación entre Administraciones, y no pueden utilizarse para reducir los derechos del trabajador.

3. LA LEY COMO FUENTE DE DERECHO

El régimen jurídico que rige la prestación de servicios de un trabajador asalariado no siempre se desprende de la norma básica de referencia, el Estatuto de los Trabajadores, pues junto a los trabajadores con una relación laboral común coexisten otra serie de trabajadores con notables particularidades que están sometidos a un régimen jurídico diferente, en el marco de la correspondiente relación laboral de carácter especial.

I. Fuentes del Derecho

En ese contexto, no siempre es sencillo determinar la normativa aplicable, pues pueden concurrir con las laborales normas de diversas ramas jurídicas (Derecho Civil o Mercantil), o puede concederse un peso muy relevante a la autonomía de la voluntad. Sea como fuere, la aplicación supletoria de la legislación laboral común no está expresamente prevista en ocasiones; desde luego, determinadas reglas del ET parecen de aplicación a todas las relaciones laborales de carácter especial (v.gr., reglas de capacidad y, especialmente, la edad mínima de acceso al trabajo, salvo en la relación de artistas en espectáculos públicos), por conectar con el orden público. En ese contexto, la **STS de 5 de mayo de 2006**, I.L. J 732, debe decidir si el Salario Mínimo Interprofesional es una de esas reglas de común y coercitiva aplicación a todos los trabajadores asalariados, con independencia de la naturaleza ordinaria o especial de su relación laboral.

En concreto, un penado que realizaba trabajo penitenciario reclama las diferencias retributivas que habrían resultado de la aplicación del convenio de la siderometalurgia o, subsidiariamente, de la aplicación del SMI. El TS desestima la pretensión sobre la base de la especialidad de la relación laboral de penados, de manera que la legislación laboral común sólo se aplica en casos de remisión expresa. A falta de esa remisión, por tanto, los internos no tienen garantizado un salario igual o superior al SMI, porque el carácter resocializador del trabajo prima sobre las consideraciones de tipo salarial. La sentencia se remite a la jurisprudencia que había declarado no aplicables las normas del ET en materia de despido [SSTS de 5 de marzo y 25 de septiembre de 2000 (recursos de casación u.d. 3325/1999 y 3982/1999)]. Precisamente, la inexistencia de la figura del despido en la relación laboral especial de penados es reiterada por la **STSJ de Valencia de 31 de enero de 2006**, I.L. J 759, que se remite a la jurisprudencia citada para matizar el alcance de la legislación laboral en atención al carácter formativo y resocializador del trabajo en prisión.

4. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

Desde la perspectiva de las fuentes, las relaciones ley-convenio no han sido objeto de una litigiosidad excesiva en el período de referencia, al margen de dos situaciones ya conocidas, como las relativas a la jubilación forzosa y a la determinación de las responsabilidades salariales en colegios concertados. En cualquier caso, conviene destacar que el TS ya incorpora en su doctrina sobre jubilaciones forzosas pactadas en convenio consideraciones sobre la incidencia de la aplicación retroactiva de la Ley 14/2005, por si fuera menester alguna variación en la posición que venía sosteniendo.

A) Cláusulas de jubilación forzosa

Como es sabido, la doctrina judicial reciente defendía que la derogación de la DA Décima ET por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, implicó la desaparición de la imprescindible habilitación legal para que los convenios colectivos fijasen edades de jubilación forzosa [SSTS de 9 de marzo de 2004 (recursos de casación u.d. 765/2003 y 2319/2003), 6 de abril de 2004 (recurso de casación u.d. 3427/2003), 28 de mayo de 2004 (recurso de casación u.d. 3803/2003) y de 15 de diciembre de 2004 (recurso de

casación u.d. 6506/2003), entre otras]. Sin embargo, ello no era obstáculo para mantener la validez y eficacia de las cláusulas contenidas en convenios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de ese Real Decreto-Ley (el 4 de marzo de 2001), si bien las posteriores debían de reputarse nulas ya que suponen una discriminación por razón de edad.

La Ley 14/2005 volvió a introducir en la DA Décima ET la posibilidad de pactar edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos, y la DT única de esa Ley 14/2005 reconoce la validez de las cláusulas pactadas con anterioridad a su entrada en vigor si el trabajador cumple los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, a salvo de “las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor”.

En este contexto, la STS de 29 de junio de 2006, I.L. J 1002, ha de resolver sobre una jubilación forzosa por edad producida en diciembre de 2003. La sentencia recuerda la doctrina jurisprudencial anterior, pero expresamente advierte que la promulgación de la Ley 14/2005 exige una matización en su alcance. La sentencia se remite a otras decisiones previas del propio TS [SSTS de 10 y 13 de octubre de 2005 (recursos de casación 60/2004 y 1935/2004), especialmente la primera, pues la segunda desestima el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción] para rechazar el carácter retroactivo de la Ley 14/2005 respecto de procedimientos judiciales en fase de recurso, porque si no se aplicase la normativa vigente “en el momento en que se generó la situación de ‘litispendencia’” se estaría produciendo una “modificación del objeto del proceso creando la consiguiente indefensión entre las partes contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución, sin que por otra parte quepa pensar que el legislador ha querido ir más allá en su retroactividad de lo que el Derecho Constitucional permite”.

B) Negociación colectiva y Administración Pública

El convenio colectivo estatutario, por su condición de norma jurídica, forma parte del sistema de fuentes, pero es claro que debe respetar el principio de jerarquía normativa, y en particular que no puede vulnerar la ley. A partir de esa premisa inicial, es pacífico que el convenio colectivo puede determinar la estructura salarial y cuantificar el importe de la retribución incluso en el ámbito de una Administración Pública, pero en ningún caso puede vincular a la Administración más allá de los límites presupuestarios. Los litigios sobre ese particular versan de ordinario sobre convenios colectivos negociados por y para la propia Administración Pública, pero en los últimos tiempos se ha planteado un problema diferente, en la medida que la relación laboral que lo origina se concierta entre sujetos privados, aunque los fondos con que se hace frente a las obligaciones salariales son públicos.

Concretamente, la cuestión consiste en delimitar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por las deudas salariales que los colegios privados concertados mantienen

con sus trabajadores. En principio, la Administración tiene obligación de pago delegado a partir de los artículos 47 a 49 LO 8/1985, de 3 de julio; aunque estos preceptos se encuentran derogados en la actualidad, el artículo 76.5 LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, sostenía igualmente que “los salarios del personal docente serán abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, con cargo y a cuenta de las cantidades previstas en el apartado anterior”. La nueva Ley Orgánica de Educación (LO 2/2006, de 3 de mayo) no varía el panorama descrito, y reproduce en su artículo 117 las mismas reglas previstas en la ya derogada LO 10/2002.

El conflicto se suscita en virtud de la reclamación salarial por derechos reconocidos en el convenio colectivo, y tiene lugar ante la negativa tanto del colegio como de la Administración de proceder a su abono por entender el primero que es obligación de la Administración con base en el concierto, y de la segunda por estimar que su responsabilidad no puede superar en ningún caso el importe destinado al concierto en los correspondientes presupuestos. El problema no es nuevo, y ha sido puesto de manifiesto en crónicas anteriores. De forma prácticamente unánime, los tribunales consideran que la Administración está obligada a proceder al pago delegado, si bien dicha responsabilidad no es ilimitada, sino que encuentra su techo en el montante asignado presupuestariamente al concierto.

En consecuencia, una vez superada esa cantidad, el colegio concertado será el único responsable de las obligaciones salariales. En el caso resuelto por la **STS de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1001, no se acreditó que el presupuesto se hubiera agotado, por lo que la Administración debe responder. La misma solución había ofrecido previamente la STS de 27 de octubre de 2004, I.L. J 2318, que también confirmó que la responsabilidad de la Administración en estos supuestos está limitada por la consignación presupuestaria. Aduce dicha sentencia que la negociación colectiva no puede modificar las previsiones de una Ley de Presupuestos, ya que ello supondría vulnerar el artículo 82.3 ET cuando dispone que los convenios colectivos sólo vinculan a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito.

Deben destacarse asimismo las **SSTS de 17 de febrero, 9 y 10 de mayo y 13, 15 y 28 de junio de 2006**, I.L. J 505, 710, 722, 939, 934 y 942, que resuelven un conflicto originado por la pretensión de los demandantes de percibir las retribuciones por antigüedad que reconocía el convenio colectivo. Los actores desarrollaban su labor como trabajadores asalariados para el Servicio Canario de Salud, y habían venido recibiendo las retribuciones propias del personal estatutario de la Seguridad Social. En un determinado momento solicitaron la percepción de trienios con base en el convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma y ante la negativa del Servicio de Salud interpusieron las respectivas demandas. Las sentencias, remitiéndose a otras anteriores como las de 13 de mayo de 2005 (recurso de casación u.d. 1562/2004) y 10 de febrero de 2006 (recurso de casación u.d. 448/2005), llegan a la conclusión de que el convenio colectivo citado no es de aplicación en materia retributiva, sino que debe acudir por asimilación a la normativa del personal estatutario; en consecuencia, se desestima la pretensión de los trabajadores.

5. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA

Es evidente que entre las fuentes de la relación laboral el convenio colectivo ha de ocupar una posición de singular relevancia, no sólo porque sea una fuente específica de Derecho del Trabajo, sino por la función que la propia Ley le otorga en la adaptación del marco general a la realidad concreta de cada ámbito. Junto a los conflictos singulares que surgen en la interpretación y aplicación de concretos convenios, los tribunales deben elaborar también un cuerpo de doctrina para perfilar la posición del convenio en el sistema de fuentes y su interacción con otras fuentes de la relación laboral. De este modo, los Tribunales han debido hacer frente en el período de referencia a reclamaciones tan dispares como las que traen causa de las diferencias salariales en virtud de un elemento temporal, las que exigen determinar fehacientemente el régimen jurídico de las mejoras voluntarias, las que tienen por objeto precisar el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, tanto estatutario como extraestatutario, o la siempre compleja cuestión de la ultraactividad, no legalmente reconocida pero en muchas ocasiones buscada convencionalmente, de las ordenanzas laborales.

A) Convenio colectivo y autonomía individual

En principio, la Ley permite que mediante pacto individual se mejoren las condiciones recogidas en el convenio colectivo de aplicación. No obstante, todo acuerdo es susceptible de interpretación, tanto respecto de su ámbito subjetivo como de su objeto, y por ello es habitual que se susciten dudas respecto del alcance, por un lado, del convenio colectivo, y, por otro, del pacto de mejora. Claro ejemplo es la **STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 2006**, I.L. J 611, que ha de abordar un supuesto en el que el actor prestaba servicios como Director de Compras para una empresa dedicada a la construcción, percibiendo un salario compuesto por una parte fija y otra variable, que como máximo consistía en el 12%; en concreto, su retribución ascendía aproximadamente a 85.000 euros anuales. El convenio colectivo de la empresa autorizaba a los mayores de 60 años a acogerse a la jubilación parcial —con reducción de un 85% de la jornada—, garantizando la percepción íntegra de la cuantía del salario, opción a la que trató de acogerse el actor, pero que fue rechazada por la empresa aduciendo que estaba excluido del convenio colectivo por su condición de alto directivo. La empresa intentó convencer al trabajador de que permaneciera en activo ofreciéndole otro cargo, pero el trabajador rechazó la oferta con intención de pasar a la situación de jubilación parcial.

La sentencia afirma que “todo pacto es fuente del contrato, rigiendo su interpretación, en primer término, salvo que se acredite una voluntad contraria de las partes, por su sentido literal”. Comoquiera que el convenio permitía acceder a la jubilación parcial a todos los trabajadores literalmente, se entiende que no hay motivo para excluir a quienes presten servicios en puestos de alta dirección. A mayor abundamiento, el Tribunal niega incluso la existencia de una relación de alta dirección, puesto que estima que la relación laboral es ordinaria, pero con base en las funciones de mayor responsabilidad se había pactado

una retribución superior a la fijada en convenio. La sentencia advierte que no hay obstáculo jurídico para que determinados trabajadores perciban una retribución superior a otros, porque “la igualdad en los contratos no es exigible”, y se apoya asimismo en que la empresa había admitido el pase a jubilación parcial de un trabajador con un puesto equiparable al del demandante, sin que se acreditase ninguna razón que pudiera justificar la diferencia de trato.

Por otra parte, en el supuesto de hecho de la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 8 de marzo de 2006**, I.L. J 813, el convenio colectivo de aplicación había reconocido a los trabajadores el derecho a percibir una paga extraordinaria adicional en el mes de septiembre de cada año. Esa paga extraordinaria no fue abonada, y los trabajadores presentaron la correspondiente demanda frente a los sucesivos empleadores (las adjudicatarias de la contrata de limpieza). Las empresas demandadas aducen que la paga extraordinaria de septiembre carece de entidad propia, por tratarse del pago de atrasos derivados de la aplicación retroactiva del convenio colectivo. Comoquiera que esos atrasos ya habían sido abonados, las empresas entienden que la reclamación carece de objeto. Sin embargo, la sentencia considera que la paga extraordinaria de septiembre es una paga de nueva creación convencional y no de abono de atrasos, de modo que su percepción no puede quedar condicionada a la mera voluntad de la empresa, ni puede dejar de satisfacerse ante una pretendida absorción o compensación.

B) Contenido

Los litigios relativos al contenido de los convenios colectivos, por discrepancias sobre el alcance de sus previsiones, son muy frecuentes, pero habitualmente resultan de escaso interés desde la perspectiva de las fuentes del derecho. Sin embargo, las dobles escalas salariales en atención a un elemento temporal, como la fecha de ingreso, presentan una problemática peculiar por la confluencia de diversas fuentes, como el Derecho Comunitario, la Constitución, la Ley y el propio convenio colectivo.

En este sentido, la **STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 632, reitera conocida doctrina sobre el derecho a la no discriminación salarial entre trabajadores fijos y temporales, y en particular la que veda las diferencias salariales vinculadas a la antigüedad. La actora, que venía prestando servicios como personal laboral de carácter temporal para la Generalidad Valenciana desde 1999, alega discriminación respecto de los trabajadores fijos y también respecto de los temporales contratados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/2001, pues a éstos también les era reconocido el complemento salarial por antigüedad. La sentencia remite a una STS de 17 de mayo de 2004 (recurso de casación 122/2003), que había resuelto un conflicto colectivo planteado con la misma pretensión. En consecuencia, se reconoce el derecho de la demandante a los trienios por aplicación de la Directiva 1999/70 CEE, del Consejo, de 29 de junio, de la que se puede derivar el principio de no discriminación entre trabajadores fijos y temporales. La misma doctrina mantienen las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 y 30 de marzo de 2006**, I.L. J 791 y 795.

No obstante, el reconocimiento de ese derecho a percibir el correspondiente complemento de antigüedad no puede suponer una mejor posición de los trabajadores temporales respecto de los fijos, como advierte la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006**, I.L. J 841. Previo análisis del convenio colectivo de aplicación, la sentencia divide a los trabajadores del ámbito del conflicto en cuatro grupos, y en función de ese encuadramiento reconoce el complemento de antigüedad a unos trabajadores y no a otros, considerando que no puede haber discriminación si se aplican los mismos criterios a los trabajadores fijos que a los temporales.

Básicamente, el convenio reconocía el complemento de antigüedad a los trabajadores que hubieran prestado servicios al menos durante tres años bajo la misma modalidad contractual, fueran fijos o temporales. Aunque el requisito era el mismo para trabajadores fijos y temporales, es evidente que un trabajador con contrato de duración determinada tendrá de ordinario más dificultades para cumplir esa exigencia, pues no generaría el complemento en caso de encadenamiento de contratos cuando el último no alcanzase los tres años de duración, cualquiera que sea su antigüedad en la empresa. La posible discriminación indirecta que ello provocaría no es analizada por la sentencia.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de marzo de 2006**, I.L. J 781, se plantea la cuestión de las diferencias salariales establecidas en convenio en función de un elemento temporal, en este caso no la duración indefinida o temporal del contrato, ni la fecha de ingreso en la empresa, sino el momento de adquisición de la categoría. En concreto, el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad establecía una cuantía diferente para el plus de peligrosidad en atención a si la condición de vigilante jurado se había adquirido con anterioridad o posterioridad a 1 de enero de 1994. La sentencia remite a la jurisprudencia constitucional y ordinaria para recordar que no hay una exigencia de trato igual absoluto, pues debe reconocerse un margen a la autonomía empresarial, si bien está prohibido un trato diferente cuando resulte discriminatorio.

La sentencia legitima la diferencia de trato a partir de un análisis de los antecedentes históricos, puesto que el criterio cronológico respondía a la unificación de dos categorías previas, vigilante jurado y guardia de seguridad, que recibían distinto tratamiento respecto del plus de penosidad, en la medida que los primeros estaban obligados a portar armas. La unificación de esas categorías por la Ley de Seguridad Privada (Ley 23/1992, de 30 de julio) conllevó la supresión de la obligación de portar armas salvo en los supuestos reglamentariamente determinados, pero el Convenio Colectivo del sector estableció un derecho preferente a llevar armas de fuego para quienes hubieran tenido reconocida la categoría de vigilante de seguridad con anterioridad al 1 de enero de 1994. En ese contexto, la diferencia salarial en el plus de penosidad no responde a un elemento cronológico, sino a una razón objetiva.

Por último, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de febrero de 2006**, I.L. J 534, tiene su origen en la solicitud por parte de un ex ciclista profesional de la indemnización que el Convenio Colectivo reconocía a quienes debieran abandonar la práctica activa del deporte

a consecuencia de un accidente o enfermedad que diera lugar a una gran invalidez. El convenio colectivo establecía dos compensaciones diferentes, una para el supuesto de incapacidad permanente derivada de contingencia profesional, y otra para los casos en que dicha incapacidad fuera provocada por enfermedad común. El actor, sin embargo, había sufrido un accidente no laboral, de modo que literalmente no le correspondía ninguna indemnización convencional.

La sentencia mantiene la interpretación literal, y desestima la demanda pese a que el accidente se había producido en un entrenamiento previo al inicio de la temporada. La calificación de la contingencia por parte del INSS como accidente no laboral y la literalidad del convenio son argumentos suficientes, a juicio del Tribunal, para desestimar la pretensión por no considerar equiparable el accidente no laboral con la enfermedad común a estos efectos. La exégesis literal del convenio es también el criterio del que se sirve la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 2006**, I.L. J 535, en la interpretación del XIII Convenio Colectivo de RENFE respecto de la estructura retributiva.

C) Modificación

La determinación del convenio colectivo aplicable a situaciones que manifiestan sus efectos en varios momentos temporales, o que pueden calificarse de pluricausales, o en las que concurren varios acontecimientos que pudieran considerarse como hecho causante, es compleja, porque la voluntad del intérprete de establecer una regla clara que facilite la solución choca con el necesario respeto a la autonomía colectiva de los negociadores, como se demuestra en la **STS de 24 de mayo de 2006**, I.L. J 854.

En ella, el TS ha de pronunciarse acerca del importe de la mejora voluntaria que correspondía a un trabajador que sufrió un accidente de trabajo en 1999 y fue declarado en situación de incapacidad permanente total el 17 de mayo de 2001. Unos días antes, el 1 de mayo de 2001, el trabajador había sido dado de baja en la póliza de seguro colectivo de accidentes que el empresario había suscrito con la aseguradora para cubrir esa clase de riesgos. Entre 1998 y 2000 el convenio colectivo concedía al trabajador que tuviera reconocida una pensión de IP total derivada de accidente de trabajo el derecho bien a extinguir el contrato con derecho a una indemnización con cargo a la póliza de seguro de casi once millones de pesetas (cuantía que ascendió a 70.468,67 euros en el siguiente convenio colectivo), bien a permanecer en la empresa en un puesto adecuado a sus características si hubiera plaza vacante (formaría parte de los trabajadores que computan para cubrir el 5% de plazas reservadas a minusválidos).

El trabajador optó por extinguir el contrato con derecho a indemnización, y la aseguradora abonó la cantidad pactada en el convenio vigente desde 1998 a 2000, decisión no compartida por el trabajador, que reclama una cantidad cercana a los cinco millones de pesetas porque así se derivaba a su juicio de la aplicación del nuevo convenio colectivo. La sentencia se remite a la conocida y unificada jurisprudencia previa [SSTS de 19 de enero, 28 de abril y 23 de diciembre de 2004 (recursos de casación u.d. 2807/2002, 2346/2003 y 3356/2003, respectivamente)] para advertir que el hecho causante de este

tipo de mejoras voluntarias tiene lugar en el momento en que se produce el accidente, y no cuando se reconoce la IP que deriva del mismo.

En cualquier caso, la sentencia matiza que esa solución es aplicable con carácter supletorio, pues prevalece en principio la regulación de la mejora que hayan efectuado las partes siempre que no contravenga normativa de superior rango jerárquico. En aplicación de este criterio, la sentencia reconoce al demandante el derecho a la indemnización superior prevista en el convenio colectivo vigente cuando se reconoció la IP total, pues así se derivaba del convenio; no obstante, sólo resulta condenado el empresario, porque procedió a dar de baja al trabajador en el seguro con anterioridad a la fecha de la resolución administrativa mediante la que se reconoció la IP. A juicio del TS, la póliza que recoge la mejora no asegura el riesgo de accidente como tal, sino el pago de la indemnización por las secuelas que provoca.

Por otro lado, no es extraño que los tribunales recuerden periódicamente el principio de sucesión de normas, que desde la perspectiva del convenio colectivo implica que la norma paccionada más reciente puede disponer de los derechos reconocidos en las precedentes. La **STS de 10 de noviembre de 2005**, I.L. J 747, reiterando la solución ofrecida por la STS de 22 de junio de 2005, I.L. J 1110, recoge esa doctrina, advirtiendo asimismo que el convenio colectivo no es fuente de condición más beneficiosa, para desestimar la pretensión de una trabajadora que solicitaba el reingreso tras una excedencia por matrimonio. El convenio colectivo vigente en el momento de solicitar la excedencia reconocía ese derecho, pero durante su disfrute se aprobó un acuerdo marco que dejó sin efecto el precepto correspondiente. El TS entiende que la trabajadora únicamente tenía una expectativa de derecho, porque el derecho como tal surge cuando se solicita el reingreso, y en tal momento el convenio colectivo ya no reconocía el derecho al reingreso.

D) La naturaleza contractual de los convenios extraestatutarios

Aunque la naturaleza contractual y eficacia limitada de los convenios extraestatutarios es una conclusión pacífica, su posición en el sistema de fuentes y su ámbito de aplicación todavía resultan problemáticos en determinados supuestos, especialmente en su relación con convenios colectivos de eficacia general. En todo caso, es claro que los convenios extraestatutarios deben respetar las prescripciones de las leyes y de la Constitución, y especialmente los principios de igualdad y no discriminación.

En este contexto, la **STS de 8 de mayo de 2006**, I.L. J 707, se pronuncia acerca de la impugnación de la llamada Normativa Laboral de La Caixa por vulneración del principio de igualdad. El TS advierte que ese instrumento no es un convenio colectivo estatutario (La Caixa estaba sujeta al convenio colectivo sectorial de Cajas de Ahorro), sino a lo sumo un convenio extraestatutario, que carece por tanto de valor normativo y que no puede dar lugar a un recurso de casación por infracción de normas, puesto que sus preceptos no tienen tal carácter. Ahora bien, los actores impugnaban una “práctica empresarial” (así ca-

lificada en la demanda) que con base en la Normativa Laboral establecía una doble escala salarial para determinadas categorías en función de la fecha de ingreso.

La sentencia recuerda la diferencia entre el principio de igualdad y el de no discriminación, y remite a la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el particular para declarar la validez de tal práctica. Las razones son varias. En primer lugar, todo el personal de La Caixa percibía unas retribuciones notablemente superiores a las fijadas en el convenio colectivo. En segundo lugar, no se aprecia una conducta discriminatoria por parte de la empresa, en la medida que no hay una exigencia de absoluta igualdad salarial entre todos los trabajadores, sino que se admiten las diferencias no discriminatorias. En tercer lugar, la llamada práctica empresarial no era más que una aplicación de los preceptos de la Normativa Laboral, que no se impugnaron directamente; el Tribunal insiste en que “no es posible admitir la impugnación de una aplicación concreta de una regla o cláusula de un pacto colectivo cuando se respeta y no se combate esa regla o cláusula”. Además, insinúa que la solución podría haber sido distinta si se hubiera accionado directamente contra el convenio colectivo extraestatutario, pero la mera aplicación no es por sí discriminatoria; en cualquier caso, advierte que la prohibición de discriminación sólo debe “entrar en juego cuando la diferencia retributiva tenga por causa alguna de las que dan lugar a discriminación según el artículo 14 CE o los artículos 4.2.c) y 17 ET, u otras normas análogas”.

Por otra parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de marzo de 2006**, I.L. J 792, tiene su origen en la reclamación de una determinada cantidad en concepto de horas extraordinarias por parte de un trabajador dedicado al reparto de bebidas con un camión de la empresa. La sentencia considera que en la prestación de servicios del trabajador no concurrían períodos de tiempo de presencia, sino tiempo de trabajo efectivo (conducción y carga y descarga) que dan lugar a las horas extraordinarias reclamadas, y por ello se desestima el recurso empresarial. El trabajador también había recurrido la sentencia por no estar conforme con la retribución fijada para las horas extraordinarias, pues pretendía que fuera de aplicación un convenio colectivo extraestatutario al que se había adherido. La sentencia desestima esa pretensión, en la medida que el trabajador no estaba afiliado al sindicato firmante y no había realizado ningún acto que pudiera ser considerado como aceptación tácita, pues no cabe calificar como tal la mera inactividad; la ausencia de rechazo expreso no equivale por tanto a aceptación. La adhesión expresa en la conciliación era posterior en el tiempo a la realización de las horas extraordinarias objeto de litigio y no puede justificar la aplicación retroactiva del pacto extraestatutario.

E) Pervivencia de las ordenanzas laborales

Aunque las ordenanzas laborales y las reglamentaciones de trabajo ya están derogadas, no es infrecuente que los tribunales deban pronunciarse sobre la aplicabilidad de su contenido, habida cuenta de que muchos convenios colectivos aún remiten a ellas, especialmente en materia de clasificación profesional. En otros casos, los trabajadores pretenden mantener determinadas ventajas concedidas por las ordenanzas pese a que no se ha producido dicha remisión.

Ése es el origen de las reclamaciones resueltas por las SSTSJ de La Rioja de 6, 8 (dos) y 13 de febrero y 7 de marzo (dos) de 2006, I.L. J 517, 513, 514, 515, 615 y 772, que versan sobre trabajadores que prestaban servicios en la misma empresa y que tienen idéntica pretensión. Los actores presentaron demanda reclamando un plus de penosidad que no se percibe pese a que en sus puestos de trabajo deben soportar niveles de ruido considerables. La sentencia considera que un plus de ese tipo únicamente se devenga cuando así esté reconocido en convenio colectivo o contrato, o, en su defecto, siempre que se pruebe que es costumbre del lugar, no siendo suficiente que se trabaje en condiciones de objetiva penosidad.

En el caso concreto no concurría ninguna de esas circunstancias, pero el plus había estado reconocido en la Ordenanza Laboral Metalgráfica. La sentencia recuerda que las reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales ya no están en vigor, y que la pervivencia de su contenido depende de su incorporación al convenio colectivo, vía remisión, vía recepción. Comoquiera que en el convenio de aplicación no se reconocía el plus de penosidad ni se efectuaba una remisión a la Ordenanza, se desestima la pretensión.

6. LEY Y CONTRATO DE TRABAJO

La doctrina judicial del período de referencia tampoco ha introducido ninguna variación destacable en la articulación de las relaciones entre la ley y el contrato de trabajo, y se repiten soluciones sobradamente conocidas, como sucede con la doctrina relativa a los contratos de interinidad en Correos y Telégrafos tras su conversión en SA. Es sabido que el artículo 58 Ley 14/2000, en sus apartados 16 y 17, dispone que “el personal laboral de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos quedará integrado en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, desde la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de su escritura de constitución, conservando sus contratos con la antigüedad, categoría y retribuciones que tuvieran consolidados en la entidad pública y con pleno respeto de los derechos y situaciones administrativas que tuvieran reconocidas y en especial las normas sobre incremento de retribuciones que establezcan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”, y que “a partir de la fecha del inicio de la actividad de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, el personal que la sociedad necesite contratar para la adecuada prestación de sus servicios lo será en régimen de derecho laboral”.

Sobre estas bases, los tribunales han venido sosteniendo que el contrato se rige por la ley vigente en el momento de la contratación. Ello significa que el contrato de interinidad por vacante celebrado mientras Correos y Telégrafos era una entidad pública debe respetar la normativa vigente en ese momento, y por ello puede prolongarse en tanto no se cubra la plaza. En cambio, si el contrato hubiera sido suscrito con posterioridad debe ajustarse al plazo de tres meses previsto en el segundo párrafo del artículo 4.b) RD 2720/1998 para cubrir las vacantes en una empresa privada, como en el período de referencia mani-

I. Fuentes del Derecho

fiestan las SSTSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 23 de enero y 7 de marzo de 2006, I.L. J 484 y 814.

Sin embargo, las SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 y 20 de febrero de 2006, I.L. J 582 y 586, defienden la modulación del plazo temporal en los contratos de interinidad por vacante, porque entienden que es fácticamente imposible que Correos y Telégrafos pueda regularizar en ese plazo a los ocho mil trabajadores que según sus estimaciones se encontrarían en tal situación. La excepcionalidad de la situación exige, a juicio del Tribunal, mayor flexibilidad en el criterio judicial, y por ello se declara procedente el cese de interinos producido tras más de dieciocho meses de prestación de servicios hasta la cobertura definitiva de la plaza.

Las SSTS de 11 de abril (dos), 23 y 30 de mayo y 14 de junio de 2006, I.L. J 599, 823, 713, 892 y 966, abordan esta misma cuestión, pero en relación exclusivamente con contratos celebrados con anterioridad a la conversión en sociedad anónima de la compañía. El TS entiende que no es de aplicación el plazo máximo de tres meses en tal caso, porque la transformación en entidad privada no modificó las reglas aplicables a los contratos celebrados previamente.

En todo caso, y ésta es la doctrina más relevante del período de referencia respecto de este asunto, el TS recuerda que ya se ha pronunciado sobre los contratos de interinidad celebrados con posterioridad a la transformación, y remite a la STS de 11 de abril de 2006 (recurso de casación u.d. 1184/2005), para advertir que a pesar de la conversión en entidad privada, Correos y Telégrafos, SA debe ajustarse a un sistema de contratación en el que primen los criterios de mérito y capacidad propios de las contrataciones en entidades de derecho público. Las SSTS de 11 (dos) y 19 de abril, 29 de mayo y 7 de junio de 2006, I.L. J 821, 822, 815, 915 y 938, siguiendo la misma línea, dejan claro que no puede establecerse una separación tan tajante entre los contratos celebrados con anterioridad a la conversión y los celebrados después, porque las normas que operaron dicha conversión mantienen ciertos elementos públicos en la configuración de la sociedad anónima. De este modo, no rige el plazo de tres meses para cubrir la vacante tampoco respecto de los contratos celebrados con posterioridad a la transformación en entidad privada, sino que habrá que valorar caso por caso si ha existido conducta abusiva o fraudulenta de la sociedad.

Por otro lado, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 19 de enero de 2006, I.L. J 483, se plantea la validez de una cláusula contractual de desistimiento empresarial en el contrato de un secretario técnico al servicio de una sociedad anónima deportiva. En concreto, el contrato permitía al empleador desistir en cualquier momento a cambio de una indemnización económica. La sentencia entiende que tal cláusula carece de amparo legal, de modo que la resolución *ante tempus* del contrato sin causa justificada equivale a un despido improcedente. La anulación de esa posibilidad de desistimiento lleva aparejado que no se devengue la indemnización económica prevista para tal supuesto, que era la reclamada por el trabajador, con la consiguiente aplicación del régimen jurídico legalmente establecido para el despido improcedente, que daba lugar a una indemnización inferior.

De interés resulta asimismo la **STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 626, que se plantea la eficacia de un pacto de no competencia poscontractual de dos años de duración suscrito por un representante de comercio con la empresa para la que prestaba servicios. La sentencia se remite a la jurisprudencia, y en concreto a una STS de 10 de julio de 1991 (recurso de casación por infracción de ley 1079/1990), para recordar que la validez del pacto depende de la concurrencia de los requisitos legales establecidos en el artículo 21 ET, de modo que ha de consistir en un pacto bilateral que contenga obligaciones recíprocas y cuyo cumplimiento no quede al arbitrio de una sola de las partes. En el supuesto de hecho, el pacto no recogía el importe de la compensación económica, y aunque ésta se preveía, sólo se devengaba tras la negativa de la empresa a que el trabajador comenzara a prestar servicios para otro empleador. En suma, el pacto de no competencia no generaba derecho a indemnización *per se*, sino que el trabajador debía comunicar a la empresa que pretendía prestar servicios en otra, y, si no recibía la autorización correspondiente, tenía derecho a una indemnización. La eficacia del pacto dependía en exclusiva de la voluntad empresarial, razón que motivó la declaración de nulidad por parte de la sentencia.

Por último, la **STS de 30 de mayo de 2006**, I.L. J 890, se plantea la subsistencia o no del pacto de período de prueba en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores. En concreto, tras la declaración de cesión ilegal el nuevo empresario pretendía poner fin a la relación mediante desistimiento en uso de la facultad concedida por el artículo 14 ET. El TS advierte que su interpretación es aséptica, y no valora el comportamiento de las partes en la concreta relación de trabajo, sino únicamente si desde un punto de vista jurídico puede considerarse vigente el pacto de período de prueba tras la declaración de cesión ilegal. La respuesta del TS es afirmativa, pues considera que si condiciones como el salario o la antigüedad se mantienen, del mismo modo debe entenderse vigente el resto de pactos, y entre ellos el de período de prueba.

7. LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

La casuística propia de los contratos de trabajo da lugar a una lógica heterogeneidad. Ello supone, por un lado, que se combinen supuestos de hecho novedosos con problemas frecuentes en la doctrina judicial y, por otro, que algunas soluciones se vinculen de forma inescindible a la concreta controversia, sin posibilidad de extensión ni siquiera por vía analógica. Entre los primeros se encuentran los problemas derivados de la externalización de determinados servicios de Iberia, que hace ya un lustro motiva pronunciamientos del Alto Tribunal.

En efecto, desde las SSTS de 11 de abril de 2000 (recurso de casación u.d. 2846/1999) o 23 de octubre de 2001 (recurso de casación u.d. 804/2000) el TS ha debido reiterar en multitud de ocasiones que la descentralización del servicio de *handling* en Iberia no supone una transmisión de empresas en el sentido del artículo 44 ET, sino una cesión contractual en la que la subrogación empresarial en los contratos de trabajo depende de la voluntad de los trabajadores y no de los empresarios cedente y cesionario. En ese contexto, las SSTS

I. Fuentes del Derecho

de 21 de enero de 2005, I.L. J 50, de 31 de enero de 2005, I.L. J 245, de 7 de febrero de 2005, I.L. J 142 y de 15 de marzo de 2005, I.L. J 471, entre muchas otras, dejaron claro que es menester un análisis casuístico, porque el negocio no es en sí ilícito, y será válido o no en función de que el trabajador haya manifestado su aceptación. La STS de 19 de enero de 2005, I.L. J 58, añadió que esta cesión es un acto anulable y que la acción prescribe por el transcurso del plazo de un año sin oposición del trabajador, en virtud del artículo 59.1 ET. Retomando esa doctrina, la **STS de 7 de junio de 2006**, I.L. J 967, consideró prescrita la acción para reclamar la nulidad de una subrogación producida en 1998, puesto que la demanda se había presentado en 2003.

Por otra parte, en crónicas anteriores se dejó constancia de que los tribunales admiten la licitud del pacto por el que se reconoce una antigüedad superior a la real (STSJ de Madrid de 15 de junio de 2004, I.L. J 1797), con efectos evidentes tanto para el salario como para la indemnización por despido, y con incidencia en cualquier otra faceta relacionada con el tiempo de prestación de servicios en la empresa, como pudiera ser el orden de prelación en caso de ascensos, traslados o despidos. Ese pacto despliega efectos *inter partes* y no vincula al FOGASA, que limitará su responsabilidad a la indemnización por despido que se derive de los años de prestación efectiva de servicios, con independencia de la antigüedad pactada, como advertía la STS de 14 de abril de 2005, I.L. J 698.

Sobre esas bases, la **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2006**, I.L. J 642, se plantea la licitud de computar la antigüedad desde que se suscribe un contrato indefinido, pese a que los trabajadores venían prestando servicios para la misma empresa mediante contratos temporales con anterioridad. Los actores llevaban trabajando para Iberia más de tres años cuando ésta les comunica la extinción de sus contratos. Pese a que habían presentado las correspondientes demandas, desistieron por llegar a un acuerdo con la empresa, acuerdo que suponía la suscripción de un contrato indefinido. Reanudada la relación laboral, los trabajadores prestaban servicios en condiciones normales, pero no recibían en la cuantía que estimaban adecuada el complemento de vinculación previsto en el convenio, que consistía en un 7,5% del sueldo base por cada tres años de antigüedad; para estos trabajadores la empresa tomaba como *dies a quo* el momento de celebración del contrato indefinido, y no el de inicio efectivo de su vinculación con la empresa mediante el primer contrato temporal; computando la antigüedad desde la celebración del primer contrato, los trabajadores tendrían derecho un premio de vinculación de mayor cuantía.

La sentencia desestima la pretensión de los trabajadores, porque entiende que el pacto que dio lugar a la celebración de los contratos indefinidos configuró una nueva situación, en la medida que los trabajadores obtuvieron esa ventaja a cambio de renunciar a las pretensiones derivadas de los previos contratos temporales. En consecuencia, el desistimiento de sus demandas provocó, a juicio del tribunal, que el nuevo contrato indefinido se desligase de la situación anterior y que los previos contratos temporales no computasen a efectos de antigüedad, sin que ello suponga una renuncia prohibida a derechos.

Finalmente, la **STS de 22 de mayo de 2006**, I.L. J 874, aborda un problema peculiar surgido tras la fusión de dos centros comerciales; en concreto, no todos los trabajadores se encontraban en idéntica situación respecto de la prestación de servicios en domingos y

festivos, pues determinados trabajadores habían llegado a pactos particulares con la empresa. Algunos habían asumido la obligación de trabajar domingos y festivos sin percibir compensación económica adicional, otros habían pactado trabajar domingos y festivos a cambio de la correspondiente contraprestación, algunos podían voluntariamente prestar servicios domingos y festivos, mientras que otros habían acordado trabajar un número limitado de ellos. La sentencia considera que no hay razón para equiparar las condiciones de todos los trabajadores, como había decidido la sentencia recurrida, de modo que el hecho de que unos percibieran retribución por trabajar domingos o festivos y otros no, o que para unos ese trabajo fuera obligatorio y para otros voluntario, es jurídicamente admisible.

8. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La alegación de existencia de una condición más beneficiosa en sede judicial es muy habitual, y por ello los tribunales han debido pronunciarse en numerosas ocasiones sobre los requisitos para su nacimiento y subsistencia, poniendo de manifiesto, por ejemplo, que el convenio colectivo no es fuente de condición más beneficiosa, pues el principio de sucesión de normas permite que el convenio posterior disponga de lo reconocido en el anterior, sin que el trabajador que disfrutara de mejores condiciones tenga derecho a mantener esas ventajas como condición más beneficiosa tras el nuevo convenio más restrictivo; así lo aclara en el período de referencia la **STSJ de Cantabria de 9 de marzo de 2006**, I.L. J 682.

En ese contexto, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de febrero de 2006**, I.L. J 544, debía valorar si había surgido una condición más beneficiosa a partir de un pacto entre la empresa y los trabajadores que prestaban servicios en un determinado turno con el fin de computar como ocho horas de trabajo las siete horas de trabajo efectivo que realizaban. La sentencia reproduce la doctrina general sobre las condiciones más beneficiosas y efectúa dos precisiones de relevancia. Por un lado, rechaza la alegación empresarial de inexistencia de condiciones más beneficiosas en las empresas encargadas de la gestión de un servicio público; en ausencia de prohibición legal, el Tribunal no encuentra razones para aceptar el argumento empresarial. Por otro, distingue entre pacto colectivo, que no sería fuente de condición más beneficiosa, y pacto plural, que no es más que la suma de pactos individuales que no vincularían a otros trabajadores, y que sí puede dar lugar a una condición más beneficiosa, como había sucedido en el supuesto de hecho.

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

II. **TRABAJADOR****Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.**

A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. D) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias.

B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas con vehículo propio.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales.

E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.

d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5-8 (2006) de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 585 a 1120) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

– STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006 (recurso de suplicación 191/2006), I.L. J 809

1. La actora, en representación de la Entidad Taller, SL de la cual es su administradora única, y Asociación Futura suscribieron un contrato de prestación de servicios en virtud del cual la primera entidad que es una Sociedad dedicada a la gestión de programas, gestión de la comunicación, gestión de la participación y gestión de patrocinios para la realización de todo tipo de eventos, llevaría a cabo la prestación de los servicios relacionados con la coordinación de la Campus TI incluyendo la gestión de los programas, gestión de la comunicación, gestión de la participación y cuotas y gestión de patrocinios nuevos así como de todos aquellos informes de resultados, una vez finalizado el evento, haciéndose constar en el mismo que la entidad Taller dispondrá de los medios e instalaciones necesarios para la realización del trabajo poniendo Asociación A los recursos, documentos, informes y cualquier otro tipo de información que ésta requiera. En cuanto al precio se pactó la cantidad fija de 28.000 euros en ocho facturas mensuales de 3.500 euros cada una de ellas, y además como cantidad variable, el 25% de los beneficios netos (ingresos menos gastos del conjunto de la actividad) hasta el límite de 180.000 euros y a partir de dicha cifra al incremento neto se le aplicará el porcentaje del 30%.

Además se le abonaron los gastos de teléfono ocasionados en junio y julio. La actora, desde el mes de marzo de 2004 al mismo tiempo que cumplía con el objeto del contrato prestación de servicios referido al Campus TI, se encargaba también de la gestión de la comunicación, participación y patrocinios del Campus Party que se desarrolló al igual que el Campus TI en la Ciudad de Valencia, si bien Campus Party durante los días 26 de julio al 1 de agosto de 2004. De este modo la actora figuraba como jefe de prensa de dicho Campus, dirigiendo y coordinando el trabajo de una empleada de la Empresa Futura, SL, la cual fue contratada en virtud de un contrato temporal por el exceso de trabajo producido en la empresa debido a la preparación de la Campus Party, siendo las funciones a realizar por la misma la atención a las relaciones con la prensa. La actora desarrollaba su trabajo sin sometimiento a instrucciones o directrices por parte de las dos empresas codemandadas que se limitaban a facilitar a la actora la información que precisaba para poder desarrollar su trabajo.

II. Trabajador

2. La prestación de servicios de los profesionales del periodismo y la comunicación puede llevarse a cabo bien mediante un contrato de trabajo o bien a través de un contrato de arrendamiento de servicios, y en ocasiones la línea de separación entre ambas figuras es borrosa y de fronteras imprecisas, por lo que han de valorarse cuidadosamente las circunstancias de cada caso. La única nota distintiva se halla en la dependencia.

Para delimitar ambas figuras contractuales, la ajenidad carece de virtualidad diferenciadora, por lo que el examen habrá de detenerse en la comprobación del modo de la prestación, distinguiendo si se realiza con la independencia propia de un profesional libre, o por el contrario, mediante la integración en una organización ajena.

El contrato de trabajo implica la incardinación del trabajador en la estructura empresarial sin libertad para aceptar o rechazar el trabajo que se le asigna y sin que exista o se haya considerado la existencia de una organización propia del trabajador. Si existe dependencia, la retribución deberá considerarse salarial, a pesar de la forma que eventualmente se le haya podido dar, y que puede ocultar la verdadera naturaleza laboral de la relación, y desde luego la fijación unilateral de las retribuciones por la empresa, sin relación alguna con un sistema de honorarios profesionales, debe apuntar a la laboralidad de la relación.

No se opone a la existencia de la dependencia la posible independencia técnica en la ejecución de su trabajo, según lo requiera la índole de la profesión o tarea desempeñada. La nota de dependencia puede y suele manifestarse a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar y modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecidos, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos y eventual ejercicio del poder disciplinario. Aun en ausencia de tales manifestaciones, la dependencia puede también reflejarse en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso (SSTS de 8 de octubre de 1992 y 22 de abril de 1996).

En el caso de autos la actora actuando en representación de la empresa Taller Activo de la que es su administradora única suscribió un contrato con la empresa Asociación Futura, y fue la actora quien personalmente realizó los servicios de gestión de comunicación, participación y patrimonios del Campus Party que se desarrolló al igual que el otro Campus, no existiendo en autos ningún dato que permita concluir que la actora estuviera sometida a un horario o jornada laboral o que recibiera órdenes de la empresa, con independencia de la información precisa para desempeñar su tarea teniendo absoluta libertad para desempeñar sus funciones y tampoco consta que la actividad que desempeñó gestionando el Campus Party fuera diferente de aquella que desempeñó en el Campus TI aunque coordinara el trabajo desempeñado por la trabajadora de Desiré, por todo cual debe concluirse que la relación que vinculó a las partes no tenía carácter laboral y que el orden jurisdiccional competente para conocer la cuestión litigiosa es el civil por lo que se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

3. No queda clara constancia de que no exista dependencia en el caso de que se trata, porque, en los dos “Campus” de que se trata, la demandante ejecutaba la prestación que se le había pedido, de gestión, comunicación y demás trabajos apreciados, al margen de los

horarios, que cada vez son menos relevantes, como se está teniendo que reconocer en el teletrabajo y otras figuras similares, siendo, únicamente, significado dirimente, que existan unas instrucciones empresariales a seguir. En el presente caso parece que ese mínimo de instrucciones empresariales, existió.

Tiene que merecer un juicio favorable la superación de la forma de la contratación ya que, aunque se hizo con una persona que era administradora de una sociedad limitada, ello no ha obstaculizado que se partiera de que esa personificación societaria en el sujeto trabajador no impedía que pudiera tratarse de un contrato de trabajo.

– STSJ de Murcia de 3 de abril de 2006 (recurso de suplicación 12/2006), I.L. J 851

1. Un coronel retirado de la Guardia Civil impartió clases de narcotráfico, en la enseñanza de criminología organizada en la Escuela de Práctica Jurídica de una Universidad, durante varios cursos. Al inicio del curso 2002-2004, el coordinador no remitió a aquél la notificación de los días en que se impartirían las mismas, al parecer por cuestiones triviales, convertidas más tarde en decisiones conscientes por el enfrentamiento del actor con los directores del curso, encomendando a otro profesor aquella tarea. Presentada demanda por despido, el Juzgado aceptó la excepción de incompetencia de jurisdicción, sin entrar en el fondo, y presentado recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, la Sala confirmó ésta en todos sus términos.

2. La Sala considera que lo que el actor había celebrado con la institución universitaria fue un contrato de arrendamiento de servicios civiles, basando el argumento en su anterior Sentencia de 15 de diciembre de 2000, en la que se sostiene que “partiendo de tales premisas fácticas, no puede sino compartirse el criterio judicial de instancia que desmiente la existencia de relación laboral alguna entre la actora y la entidad demandada, pues están ausentes las notas de remuneración, ajenidad y dependencia que caracterizan al contrato de trabajo”, citándose también la STS de 22 de abril de 1996, en la que se razonaba en términos similares. No obstante, considera la Sala sentenciadora que la cuestión:

“(…) no siempre resulta fácil de dilucidar, por cuanto el contrato que vincula a las partes litigantes se sitúa a menudo, ciertamente, en esa frontera imprecisa entre la propia y verdadera relación jurídica de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios. En tales casos, toda la esencia del proceso discursivo se contraerá a determinar si el trabajo desarrollado por el actor se ha venido desarrollando en una situación de propia dependencia de la empresa demandada y dentro del ámbito organizativo de esta última. Y a este respecto es conveniente recordar, como razonaba la STS de 8 de octubre de 1992, que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios está en la nota de la dependencia, definida por la jurisprudencia como integración en el círculo rector y disciplinario del empresario (SSTS de 4 de abril de 1979 y 15 de enero de 1980 y las invocadas por la propia recurrente), lo que el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores describe aludiendo a servicios (...) dentro del ámbito de organización y dirección de otra

II. Trabajador

persona, frente a lo cual será arrendamiento de servicios el desarrollado con autonomía organizativa y directiva; la dependencia, en una interpretación de la norma adecuada a la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil), no puede entenderse que necesariamente se manifieste por los indicadores clásicos de jornada, horario preestablecido, puesto de trabajo en las dependencias de la empresa, ordenación y control continuos; por el contrario, en un caso como el de autos, puede reflejarse en otros aspectos de la ejecución del trabajo, como la programación exclusiva del mismo por la empresa para todos o la mayoría de los períodos de servicios, la ordenación de las tareas mediante directrices detalladas y minuciosas, la imposibilidad de aceptar o rechazar las tareas encomendadas, así como la de no contar con colaboradores, esto es, la insustituibilidad del prestador de los servicios, la existencia de mecanismos de control y supervisión de la actuación profesional y la determinación de la retribución por decisión exclusiva de la empresa. Cuando se den estas notas o indicios de dependencia, en una valoración conjunta, puede servir para apreciar la existencia de relación laboral, mientras que si faltan, puede entenderse existente un arrendamiento de servicios”.

A partir de ahí, la Sala aplica la doctrina precedente al caso de autos, resolviendo que “(...) en el mismo no concurre la nota de programación exclusiva del trabajo por la empresa, ya que el recurrente contaba con total autonomía organizativa para prácticamente todos los momentos de su actividad, pues el programa que se impartía a los alumnos coincidía plenamente con el índice del libro del que era autor el actor y lo explicaba sin sometimiento a reglas preestablecidas o impuestas, así como la distribución de las clases a lo largo del curso se efectuaba en interés del propio actor, concentrándose las mismas en cinco días consecutivos para disminuirle los desplazamientos a Murcia desde Madrid, con los únicos límites de la disponibilidad en horas, las cuales se le comunicaban en cada curso, tanto a efectos de impartir docencia como de realizar exámenes”; añadiendo que “tampoco existe una ordenación detallada de sus tareas, sino genéricas instrucciones por elementales exigencias organizativas por parte de la entidad, quien en ningún momento le concretaba ni la forma, ni el contenido de su actividad profesional, instrucciones que sólo afectaban a la confección de actas y calificaciones de los alumnos y fechas de exámenes. Esta ausencia de programación y ordenación del trabajo determinan que no concorra la nota de dependencia y actuación dentro del círculo organizativo ni disciplinario del empresario”.

3. La conclusión a la que llegan ambas sentencias no es satisfactoria, pues la incompetencia jurisdiccional que declaran se basa en la confusión entre la dependencia como concepto jurídico y sus formas de exteriorización. Al margen de las circunstancias particulares del actor, no concurren factores que permitan encontrar en la relación contractual concertada con la institución universitaria, elementos distintos de los que concurren en otros profesores al servicio de las Universidades, una vez que el derecho del trabajo ha entrado de modo masivo en este sector de la función pública, como por lo demás viene ocurriendo en todos los demás. Prueba evidente de la existencia de dependencia es que en cuanto hubo un desajuste en la programación de los horarios, la institución universitaria decidió prescindir de los servicios del actor.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

– STSJ de Madrid de 3 de abril de 2006 (recurso de suplicación 5268/2005), I.L. J 769

1. El actor vino prestando servicios, desde el año 2001, como Director Financiero, pasando dos años más tarde a desempeñar un cargo distinto, pero de contenido similar. Desde el inicio, las partes habían suscrito un contrato de alta dirección, en el que se establecía que, en caso de despido improcedente “(...) el Directivo tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a una anualidad en los tres primeros años de vigencia del contrato (...) (añadiendo que) cuando el contrato especial de trabajo se extinga por despido disciplinario y sea declarado nulo o improcedente (...) el Directivo tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 3 anterior”. Efectivamente, el actor fue despedido a través de carta en la que se alegaba la disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal en la empresa. Formulada demanda ante el orden social, por despido nulo, el Juzgado estimó parcialmente aquélla y declaró improcedente el despido, condenando solidariamente a las empresas del grupo a estar y pasar por la anterior declaración con todos los efectos inherentes a la misma y en consecuencia a optar por readmitir al actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido o a indemnizarle en la cantidad de 157.031,18 euros, entendiéndose que optan por la indemnización salvo mutuo acuerdo. Recurrida la sentencia en suplicación por ambas partes, la Sala estima el recurso del actor y desestima el de la empresa, declarando, a los únicos efectos que importan en este resumen, la naturaleza ordinaria, y no de alta dirección, de la relación laboral concertada.

2. Razona la Sala que el artículo 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejerciten poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad. Así pues, uno de los elementos indiciarios de la relación especial de servicios de los empleados de alta dirección es que las facultades otorgadas “además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad”. Ello es así porque este contrato especial de trabajo se define, de un lado, por la inexistencia de subordinación en la prestación de servicios (autonomía y plena responsabilidad) y, de otro lado, por el ejercicio de los poderes que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen (poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, entre otras, STS

II. Trabajador

de 24 de enero de 1990, 12 de septiembre de 1990, 2 de enero de 1991 y 22 de abril de 1997). Autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, por lo que, normalmente, habrá de entenderse excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto y sometido a la legislación laboral común, a aquellos que reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorios de tal condición, a tenor del repetidamente citado artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores (STS de 12 de febrero de 1990). No cabe pues, confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores (fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad), con la alta dirección que delimita el artículo 1.2 Real Decreto 1382/1985, en relación con el artículo 2.1.a) del RD-L 1/1995, de 24 de marzo, en concepto legal, que, en la medida en que conlleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva, como han señalado entre otras las SSTS de 13 de marzo de 1990 y 11 de junio de 1990. Porque, a la postre, lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial y que para apreciar la existencia de trabajo de alta dirección se tienen que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio, sólo subordinado al órgano rector de la sociedad. Y precisamente como consecuencia de estas consideraciones referentes a la delimitación del concepto de “alto cargo”, es por lo que se ha proclamado que este especial concepto ha de ser de interpretación restrictiva y hay que atender, para precisarlo, al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa, como han señalado entre otras las SSTS de 24 de enero de 1990 y 2 de enero de 1991.

Aplicando esa doctrina general al caso enjuiciado, se concluye que las funciones encomendadas al trabajador recurrente para el desempeño del cargo de Director Financiero desde su contratación con fecha 19 de febrero de 2001, hasta el 17 de noviembre de 2003, en que pasó a desempeñar las funciones de Director de Finanzas Corporativas de la empresa, en manera alguna puede entenderse que entrañaran ejercicio autónomo de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la sociedad mercantil empleadora y relativo a sus objetivos generales, porque queda probado que el actor tenía poder empresarial de decisión exclusivamente en el área financiera de su competencia, de lo que es suficientemente indicativo la expresa referencia a su actividad encaminada a la obtención de la aprobación de los Convenios de Acreedores de las Sociedades del Grupo empresarial, que han estado en situación de suspensión de pagos desde el año 2002. De otra parte, su ejercicio había de efectuarse de manera subordinada, sin autonomía, por tanto, pues había de someterse a instrucciones generales y concretas impartidas por órganos delegados de los superiores de gobierno de la entidad, reduciéndose el área de propia decisión a materias importantes pero no trascendentes para la vida de la empresa, ya que los poderes notariales otorgados al efecto, por el Presidente del Consejo de Administración y/o Consejero Delegado corres-

pondiente, siempre fueron mancomunados con otros directores de área y apoderados, y limitados por la cuantía concreta del acto a realizar. Y estas circunstancias denotan la condición de mando inferior o intermedio que correspondía al trabajador recurrente, no incluíble, a criterio de la Sala, en la definición legal de alta dirección, lo que excluye el sometimiento de la relación material traída al proceso del ámbito de aplicación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, siendo, por el contrario aplicable a la misma la legislación laboral común.

3. Sobre los hechos probados, la doctrina de la Sala es irreproachable, sirviendo la sentencia para delimitar adecuadamente las relaciones laborales de alta dirección de las relaciones laborales directivas, pero de dirección ordinaria. A esa tipología pertenecen numerosas relaciones de las que son titulares los denominados “cargos o mandos intermedios”.

e) Artistas en espectáculos públicos

– STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2006 (recurso de suplicación 1507/2006), I.L. J 636

1. El actor ha prestado servicios para la demandada como artista-músico en animación de calle. Ha trabajado durante los siguientes períodos: Desde el 21 de febrero de 2002 al 3 de noviembre de 2002, desde el 9 de noviembre de 2002 al 17 de noviembre de 2002, desde el 13 de marzo de 2003 al 2 de noviembre de 2003, desde el 8 de marzo de 2004 al 1 de noviembre de 2004. En cada uno de los años referidos, el actor y la demandada formalizaron un contrato de trabajo de artistas profesionales al amparo del RD 1435/1985. A la finalización de cada contrato, el demandante percibía la correspondiente liquidación de partes proporcionales dejando de prestar servicios para la demandada.

La demandada explota el parque temático del mismo nombre, en el que se ofrecen al público atracciones y espectáculos varios para el entretenimiento y diversión de los visitantes, durante la temporada de apertura al público del mismo. La demandada tiene una variedad a lo largo de toda la temporada, de por lo menos 51 espectáculos.

En la empresa demandada por lo menos desde el año 1997, se realizan espectáculos de animación de calle, formado principalmente, por una orquesta musical compuesta por siete músicos, que realizan entre 3 y 5 pases diarios interpretando 4 o 5 piezas musicales. El actor fue contratado para formar parte en dichos espectáculos de animación de calle, a fin de tocar el banjo. En la temporada 2005 la empresa demandada en sustitución del actor ha contratado a otro músico para tocar el banjo en el espectáculo de animación de calle.

2. El RD 1435/1985 que regula la relación laboral de los artistas profesionales admite la celebración de contratos por tiempo cierto, a pesar de que el organizador del espectáculo se dedique precisamente a tal actividad y de que la actividad sea de carácter permanente.

II. Trabajador

Se parte, en definitiva, de la distinción entre la duración de la actividad permanente, y la del espectáculo, que por naturaleza es siempre temporal y sometido a su renovación o no en función de circunstancias diversas como son el éxito de público, el reparto, y otras.

Según las SSTs de 15 de julio de 2004 y 17 de mayo de 2005, se trata de una relación especial de trabajo que, conforme al artículo 2.1.e) ET, se rige con carácter preferente por lo dispuesto en el Real Decreto 1435/1985 y sólo con carácter supletorio por las previsiones del Estatuto de los Trabajadores (artículos 2 del ET y 12 del Real Decreto). La primera previsión del Real Decreto que aquí interesa, aparece en su artículo 5.1, según el cual el contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos podrá celebrarse para la duración de una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel y podrán acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que se incurriese en fraude de Ley.

Se afirma que tal previsión modifica sustancialmente el régimen jurídico de los contratos temporales del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores puesto que, frente a la regla general estatutaria de contratación por tiempo indefinido y la excepción de la contratación temporal, el artículo 5.1 admite la contratación temporal como regla general. Es claro pues que, de acuerdo con dicha previsión, la sucesiva contratación temporal de los actores habría ya de calificarse como ajustada a derecho al igual que los ceses producidos al finalizar cada una de las temporadas.

Ahora bien, el artículo 5.2 del Real Decreto añade que los contratos de los trabajadores fijos discontinuos y las modalidades del contrato de trabajo se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. Se considera que esta doble previsión del precepto convencional, aceptando como regla general la contratación temporal y admitiendo la posibilidad de artistas fijos discontinuos con remisión a la regulación estatutaria, conduce a afirmar que la regla general de la temporalidad del artículo 5.1 tiene su razón de ser en las propias peculiaridades de la actividad del trabajo de los artistas, tanto referidas a la propia persona del artista —que exige de una aptitud y cualificación especiales en permanente renovación—, como de la propia actividad y el marco en que se desarrolla —sometidas a constantes cambios e innovaciones—, lo que haría disfuncional la regla de la contratación con carácter fijo. Mientras que la aceptación de la fijeza discontinua se justifica por la existencia de trabajos de temporada que se repiten de forma intermitente o cíclica en su identidad.

La posibilidad de que existan artistas que sean contratados para una actividad artística reiterada y no cambiante es una excepción a la regla general del artículo 5.1, que debe ser interpretada restrictivamente.

En el Convenio Colectivo de la empresa (artículo 2) reitera que la relación laboral de los artistas que presten sus servicios en el parque se regulará por lo dispuesto en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por su contrato de trabajo, y supletoriamente por lo establecido en el Convenio Colectivo. Y el artículo 28.1 señala que la empresa podrá utilizar cualquiera de las modalidades de contratación que la legislación vigente en cada momento permita, sin más limitaciones que las derivadas de su propia naturaleza y finalidad, y en su artículo 28.3 expresa que el personal contratado para prestar sus servicios durante el

período de apertura del Parque, cubriendo las necesidades habituales derivadas de su normal funcionamiento, estará vinculado a la Empresa, con carácter general, a través de un contrato fijo discontinuo.

Se decide que el Convenio Colectivo rige sólo como supletorio (artículo 2) de lo dispuesto en el Real Decreto de 1985 y por lo tanto como norma que no modifica lo previsto en aquél. Y, además, que la previsión de fijeza discontinua se refiere sólo al personal que cubre las necesidades habituales derivadas del normal funcionamiento del Parque, es decir, al personal de mantenimiento y en su caso, excepcionalmente a los artistas que cada año desempeñen las mismas funciones por ser éstas habituales en el parque.

Se concluye que no es posible desconocer el legítimo derecho del organizador de espectáculos, cuyo éxito económico, y por ende su supervivencia, dependen de la asistencia y buena acogida del público, a intentar mejorarlos y renovarlos permanentemente —ésta es la finalidad de los castings que la empresa realiza de cara a la nueva temporada— para imponerle la contratación continuada de artistas que pueden ser un obstáculo para conseguir esos objetivos. Ningún reproche merece, por consiguiente, la decisión patronal de no volver a contratar al actor y contratar a otro músico para tocar el banjo, consiguiendo con ello la renovación parcial del espectáculo.

3. Tan sólo es posible hacer dos observaciones: la primera consiste en preguntar si un reglamento, un RD, puede afirmar su aplicación preferente a la de la ley —el ET— no existiendo en ésta disposición alguna que permita tal afirmación o de que se trate de un supuesto de legislación delegada o complementaria, por no figurar en la Ley disposición que permita tal conclusión. La segunda es que, siendo cierto que el convenio colectivo se ha de sujetar a lo dispuesto en el derecho necesario, no lo es menos que, ajustándose a la normativa general y a alguna de las previsiones del Reglamento, no parece necesario que se considere ineficaz. Por ello, si el empresario, de conformidad con la norma general legal y la convencional, así como con alguna de las previsiones del Reglamento, ejecuta actividad contractual propia de la fijeza indefinida, se le deberá dejar que sea consecuente con sus actos.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

— STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2006 (recurso de suplicación 4672/2005), I.L. J 621

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve el recurso de suplicación presentado por la Sociedad Limitada “Técnica Mecánica Normalizada” contra la sentencia de instancia que reconocía la naturaleza laboral de la relación de uno de sus

II. Trabajador

socios. Entre los hechos tomados en consideración consta que la entidad recurrente fue constituida el 20 de febrero de 1990 por dos socios fundadores con el objeto social de proyectar y diseñar muebles metálicos. A partir de ese momento se producen sucesivas modificaciones en la ordenación de la participación social de los socios fundadores. Entre ellas, destaca una ampliación de capital, cuyo resultado es la entrada como partícipe de don Pedro Antonio, cuya relación societaria o laboral hoy se cuestiona.

Igualmente, la organización de la administración de la sociedad ha sufrido variaciones. Desde el momento en que accedió don Pedro Antonio como tercer socio se acordó que el órgano de administración fuera el Consejo, integrado por los tres partícipes. Seguidamente, se modificó y se nombró como Administrador Único a un socio distinto al actor en instancia. No obstante, a través de un poder, dicho administrador autorizó al actor para ejercer funciones de representación y dirección de la empresa de manera mancomunada, labores que en efecto constan como realizadas.

Por otra parte, queda probado que el actor tenía un horario y unas labores propias de comercial de la empresa, que tenía a su cargo dos trabajadores y que, al igual que los otros dos socios, percibía un sueldo anual dividido en doce mensualidades con dos pagas extras. Ahora bien, tal retribución era pactada por los propios socios, hasta el punto que dispusieron de sus pagas extras a fin de poder sufragar los salarios de sus trabajadores.

2. De acuerdo con los hechos probados, y siguiendo la doctrina jurisprudencial en la materia la sala resuelve en contra de la sentencia recurrida para reconocer la incompetencia del orden jurisdiccional para resolver sobre la cuestión planteada. Así, se argumenta que siendo el actor socio fundador de la empresa demandada, formando parte del Consejo de Administración de la Sociedad y ejerciendo mancomunadamente facultades de representación y dirección de la sociedad, no concurren las notas laborales de dependencia y ajenidad. En consecuencia, se entiende que existe un vínculo mercantil y no una relación laboral de alta dirección por su posición en la sociedad, que se identifica con la misma empresa.

3. Una vez más, se plantea la difícil cuestión de dilucidar si en una misma persona concurren dos relaciones jurídicas —la societaria y la laboral, en este caso, de alta dirección—. Disiento en esta ocasión de la calificación del socio actor como socio fundador de la entidad, si bien, en este caso tal condición carece de relevancia a la hora de valorar la naturaleza jurídica de su relación. Tampoco ha tenido en cuenta la sentencia la participación del actor en el capital social, que ha terminado siendo minoritaria, lo que podría hacer dudar sobre la concurrencia de ajenidad. Sin embargo, y partiendo siempre de los hechos probados, resulta efectivamente difícil separar las funciones que venía realizando el socio trabajador de las que son imputables a un socio en una sociedad limitada de pequeña dimensión. Se trata de una entidad cerrada en la que el papel de los socios es determinante y el deber de administrar pasa a representar una función esencial para la buena gestión de la entidad. Así pues, coincido con la solución alcanzada, si bien por entender que las labores llevadas a cabo por el actor están dirigidas a alcanzar el fin común compartido con el resto de los socios: garantizar la viabilidad de la entidad; sin que consten indicios de subordinación que conduzcan a la valoración del rasgo de ajenidad.

– STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006, Sala de lo Social (recurso de suplicación 4636/2005), I.L. J 809

1. La presente resolución resuelve el recurso de suplicación presentado contra la sentencia de instancia, que declaraba incompetente al orden social para entrar a calificar la relación mantenida entre doña Raquel –administradora única de la Sociedad de Responsabilidad Limitada “Taller Activo de Comunicación”– y dos entidades: la sociedad Futura Networks y la asociación E3 Futura.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid parte de los mismos hechos considerados probados en la instancia. Entre ellos se destaca, en primer término, la suscripción de un contrato de prestación de servicios entre la actora, como representante de la sociedad “Taller Activo”, y la Asociación E3. El objeto de dicho contrato venía constituido por la actividad normal de la primera entidad: la gestión de programas, comunicación, participación y patrocinios, en esta ocasión, para la coordinación de la Campus Party 2004 en la ciudad de Valencia. En el contrato se hace constar que la entidad suministradora del servicio aportaría los medios e instalaciones necesarios para la realización del trabajo, mientras la Asociación pone a su disposición la información que necesite para la ejecución de los servicios. Asimismo, se pactó un precio fijo por los servicios, que se pagaría contra facturas emitidas mensualmente por Taller Activo, al que se adicionaría, en su caso, una cantidad variable del 25% de los beneficios de la actividad coordinada.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid centra su atención en la delimitación de las fronteras entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo, al objeto de determinar si efectivamente queda justificada la declaración de incompetencia del orden social de la sentencia recurrida. Así, se atiende al criterio jurisprudencial que valora como presupuesto determinante de la distinción entre un contrato y otro el de la integración del sujeto que presta los servicios en el círculo rector y disciplinario del empresario; es decir, en el rasgo laboral de la dependencia. Conforme a sus argumentos, en estos supuestos la ajenidad deja de tener efectos diferenciadores, pues tanto en el arrendamiento de servicios como en el de trabajo se produce una transmisión originaria de los frutos del trabajo a favor del empresario o el arrendatario de los servicios.

Seguidamente, la Sala atiende aquellos indicios que habitualmente conducen a distinguir si una prestación de servicios se realiza de manera independiente o no. En este sentido, señala cómo el trabajador por cuenta propia fija por sí mismo sus honorarios, de acuerdo con sus propios criterios o con los establecidos por la corporación profesional a la que pertenezca. Además, tiene la libertad de aceptar o rechazar el trabajo que se le asigna, así como para determinar el horario, la jornada y la organización de la propia prestación. De acuerdo con estas consideraciones, se concluye que en el caso planteado la relación que vinculó a las partes es civil, y se ratifica la sentencia de instancia.

3. No cabe alcanzar conclusión distinta dados los hechos que se presentan a valoración. Sin embargo, se trata de un supuesto de sumo interés, revelador de los movimientos

que se producen en el actual mercado de trabajo, caracterizado por la subcontratación y fragmentación de la prestación de servicios. Se trata de la administradora única de una sociedad, que presta sus servicios personales a dos entidades, una de las cuales es una asociación sin ánimo de lucro. Nada se alega en el recurso de suplicación presentado por la actora acerca de la participación de la misma en la sociedad, ni el número de socios que la componen. Tampoco se refiere a la actividad global de la actora para exponer el porcentaje de ingresos que supone la concreta prestación de servicios que se está valorando. Sin tener estos datos, de los que cabría derivar consecuencias distintas, y asumiendo también que la prestación tampoco es exclusiva, el régimen aplicable ha de ser sin duda el civil, a pesar de las graves deficiencias que presenta.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– STS de 26 de mayo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1678/2005), I.L. J 914

1. Se presenta el caso de una persona que empezó su servicio en los locales de la demandada en el departamento de telemarketing y su labor consistía en captar clientes y suscribir pólizas a través de llamadas telefónicas, siguiendo las instrucciones emitidas por la monitora. Su actividad era desempeñada en horario preestablecido, inicialmente de 10 a 14 y de 17 a 20 horas, y posteriormente sólo acudía en turno de tarde, hasta que cesó en enero de 2004.

2. Se afirma por el TS que no se puede establecer con carácter general que la relación de los subagentes de seguros sea de naturaleza mercantil, sino que hay que estar a los datos fácticos concurrentes en cada caso, para determinar la naturaleza mercantil o laboral de la relación (STS de 16 de febrero de 1998). Por ello, no procede hacer una comparación abstracta basada en la condición genérica de subagente que ostentaba la interesada. No es relevante la pérdida del derecho a percibir comisiones en un caso de falta de éxito o de anulación de operación, pues no se impide la calificación de laboral del subagente con el agente, cuando la prestación se realice acudiendo a los locales del segundo y actúe bajo sus órdenes y dependencia (STS de 15 de octubre de 2001).

En el presente caso la subagente acudía a los locales de su agencia de acuerdo con un horario preestablecido y su labor consistía en captar clientes y suscribir pólizas a través de llamadas telefónicas, siguiendo instrucciones de una monitora de la empresa, por lo que se dan las notas esenciales de los artículos 1.1 y 1.3.f) del ET, para calificar la relación como laboral, pues realiza una prestación de servicios voluntaria, retribuida, por cuenta y bajo dependencia de su agente, que dirigía y controlaba su actividad.

3. Algo más se dice en la jurisprudencia más moderna, como se lee en la STS de 12 de junio de 2006, en la que se expresa que el tema de la naturaleza de la relación de agentes y subagentes de seguros ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia que viene afirmando la naturaleza civil y no laboral de la relación jurídica de agencias de seguros. Desde las ya viejas Sentencias de 23 de marzo de 1995 y 2 de julio de 1996, hasta las más recien-

tes de 18 de abril de 2001, 14 de mayo de 2001, 28 de junio de 2001 y 2 de octubre de 2001 se viene manteniendo de modo inequívoco que la relación jurídica de agentes de seguros es mercantil y sustraída, por tanto, al orden jurisdiccional social. Sin embargo, cuando se trata de relaciones jurídicas de subagentes de seguros, se esfuerza en poner de relieve la distinta condición del agente y del subagente de seguros enfatizando en las distintas condiciones en las que puede ser contratado este último frente a la característica autonomía y estabilidad del primero.

Del artículo 7.3 Ley 9/1992 no se puede deducir que se haya atribuido al contrato entre agente y subagente naturaleza mercantil, con carácter general. Según la STS de 16 de febrero de 1998, en estos contratos de los subagentes, habrá de estarse a los datos fácticos concurrentes en cada caso. Aunque las trabajadoras contratadas como subagentes por la empresa demandada que actúa como agente, carecen de horario concreto, acuden casi diariamente al local de la demandada, en donde realizan su labor consistente en vender por teléfono diversas modalidades de seguros. La empresa les facilita mesa, línea telefónica y los aparatos auriculares, así como las guías telefónicas, asignándoles el listado correspondiente a una concreta zona geográfica, y sin que puedan realizar actividad en la contratación de pólizas de seguros fuera de la zona asignada, excepto a familiares y amigos. Entregan a la monitora-jefe de grupo las solicitudes de seguros si la llamada da resultado y a la que acuden para la resolución de las dudas acerca de las condiciones o precios de las pólizas. Perciben de la demandada por la prestación de servicios una retribución bajo la denominación de “comisiones”, y existe una cláusula de “supuesta” responsabilidad del buen fin de las operaciones, pero lo que en la misma se establece no es una responsabilidad del buen fin de las operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tiene éxito, sin que se acredite la existencia real de responsabilidad de los riesgos o gastos efectivamente ocasionados por la operación fallida.

No es posible sostener, como dice la STS de 9 de abril de 2002, el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica en el ámbito de los seguros de quienes carecen de cartera de clientes, se limitan a vender seguros telefónicamente siguiendo las instrucciones de la agencia de seguros, se hallan controlados por una monitora-jefe, y no tienen instalaciones, personal o materiales propios sino que utilizan los de la expresada agencia, no siendo obstáculo suficiente para considerar laboral la relación el haber suscrito formalmente un contrato de subagencia, ya que la existencia de una prestación voluntaria de servicios, sometida al control y dirección de la empresa con percibo de una retribución, es palmaria, y por ende, la aplicación del artículo 1.1 del ET es incuestionable.

– **STS de 12 de junio de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1173/2005), I.L. J 937

1. La demandada es una Agencia de Seguros, que tiene un centro de trabajo en Valdemoro (Madrid), en cuya fachada figura el rótulo y logotipo publicitario correspondiente. Dicha empresa de seguros concertó con varias personas contratos de Subagente, en cuyo encabezamiento figura ella como agencia de seguros, contrato que se califica de mer-

cantil, estableciendo por su intervenciones en las operaciones que intervengan el pago de “comisiones” que se pagarán según la “prima de tarifa”, estableciendo los contratos la no sujeción del subagente a ningún tipo de jornada u horario y sólo recibirá de la Agencia información e instrucciones generales de Acuerdo con la Ley 9/1992. No obstante la Agencia pone a su disposición los locales, teléfonos, mesas y otro material en ellos instalados. Cuando la subagente suscribió el anterior contrato de colaboración mercantil carecía de conocimientos de la actividad de Seguros dándole la Agencia unos cursos de formación de alrededor de una semana. La actividad siempre ha sido desempeñada por los subagentes en el centro de trabajo que la empresa posee, careciendo de horario concreto, pero acudiendo prácticamente todos los días.

En el citado centro de trabajo, que posee una mesa con puestos de trabajo dotados de la correspondiente línea telefónica y un sistema de manos libres y cascos, con capacidad para el desempeño de la actividad de alrededor de ocho personas, está siempre doña Penélope a quien acuden para la resolución de las dudas. La trabajadora citada en último lugar ostenta la categoría profesional de monitora-jefe del grupo, es titular de un contrato de trabajo suscrito con la Agencia y desarrolla su actividad en horario de tarde 16:30 a 21 horas, siendo la persona que abre la oficina por las tardes. La labor desempeñada por Ana y Gema consiste en vender por teléfono las diversas modalidades de Seguros existentes de la Agencia, a potenciales clientes con domicilio en las zonas geográficas de Valdemoro y Tíurcia, utilizando para ello las guías telefónicas facilitadas por aquélla, con distribución de parte de las mismas entre los distintos subagentes para evitar duplicidades de llamadas al mismo cliente. Los subagentes sólo pueden realizar actividad en la contratación de pólizas de seguros fuera de la zona asignada cuando se refieran a familiares y amigos. El modo de operar de los subagentes es el siguiente: tras llamar a un potencial cliente ofreciendo los distintos seguros si la llamada da resultado la subagente rellena una solicitud, que entrega a la monitora de la Agencia y que ésta remite al Departamento correspondiente, donde formalizan la póliza poniéndose en contacto el subagente con el cliente para la firma de la misma normalmente desplazándose el subagente al domicilio de éste. A finales de mayo 2003, Gema dejó de acudir al centro de trabajo.

2. Según se dice en la STS de 9 de abril de 2002, el tema de la naturaleza de la relación de agentes y subagentes de seguros ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia en la que se viene manteniendo de modo inequívoco que la relación jurídica de agentes de seguros es mercantil y sustraída, por tanto, al orden jurisdiccional social. Sin embargo, cuando se trata de relaciones jurídicas de subagentes de seguros, la más reciente jurisprudencia se esfuerza en poner de relieve la distinta condición del agente y del subagente de seguros enfatizando en las distintas condiciones en las que puede ser contratado este último frente a la característica autonomía y estabilidad del primero. En la STS de 15 de octubre de 2001 se expresa que el artículo 7.3 Ley 9/1992 establece la posibilidad de que los agentes de seguros utilicen servicios de subagentes, que colaborarán con ellos en la formación y mediación de seguros en los términos que se acuerde en el contrato. Pero de este precepto no puede deducirse que el Legislador haya atribuido al contrato entre agente y subagente naturaleza mercantil, con carácter general, pues en estos contratos de los subagentes, habrá de estarse a los datos fácticos concurrentes en cada caso para determinar la naturaleza mercantil o laboral de la relación.

En el presente caso, las trabajadoras contratadas como subagentes por la empresa demandada que actúa como agente, aunque carecen de horario concreto, acuden casi diariamente al local de la demandada, en donde realizan su labor consistente en vender por teléfono diversas modalidades de seguros. La empresa les facilita mesa, línea telefónica y los aparatos auriculares, así como las guías telefónicas, asignándoles el listado correspondiente a una concreta zona geográfica, y sin que puedan realizar actividad en la contratación de pólizas de seguros fuera de la zona asignada, excepto a familiares y amigos. Existe en el local una persona, que ostenta la categoría profesional de monitora-jefe de grupo, a la que entregan las solicitudes de seguros si la llamada da resultado y a la que acuden para la resolución de las dudas acerca de las condiciones o precios de las pólizas. Perciben de la demandada por la prestación de servicios una retribución bajo la denominación de “comisiones”. En los contratos suscritos por las trabajadoras contratadas, existe una cláusula de “supuesta” responsabilidad del buen fin de las operaciones, pero lo que se establece no es una responsabilidad del buen fin de las operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tiene éxito, no estando acreditada la existencia real de responsabilidad de los riesgos o gastos efectivamente ocasionados por la operación fallida.

De los presupuestos fácticos descritos se desprenden sin duda las notas de ajenidad, dependencia y subordinación que configuran la relación jurídico-laboral del artículo 1.1 del ET, sin que sea posible sostener el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica en el ámbito de los seguros de quienes carecen de cartera de clientes, y prestan su actividad en las condiciones dichas.

3. La doctrina de la STS que se referencia insiste en la jurisprudencia precedente, como se ve en la STS de 26 de mayo de 2006 y las que cita y, si bien afirma que hay que estar a las condiciones de cada caso, es relevante destacar que no considera definitorio la falta de horario y que existe ya una línea jurisprudencial en la que destaca la distinta condición del agente y del subagente de seguros, enfatizando en las distintas condiciones en las que puede ser contratado este último frente a la característica autonomía y estabilidad del primero que le causa la naturaleza mercantil del vínculo, lo que no ocurre en el caso de los subagentes.

– **STS de 4 de julio de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1168/2005), I.L. J 1022

1. Víctor y Marta suscribieron sendos contratos de colaboración mercantil con la empresa CTAS, SA, como subagentes de seguros, por los que se comprometían a realizar personalmente la actividad mercantil de promoción, mediación de seguros o colaborar con el agente en los supuestos de esta actividad que fueran precisos. En concreto, la colaboración consistía en conseguir operaciones de seguros para la citada Agencia a través de la venta por teléfono de los distintos tipos de seguros de la Compañía Santa Lucía en la demarcación territorial de la citada agencia, y utilizando a tal fin las guías telefónicas facilitadas por CTAS, SA; la labor realizada por los demandados es controlada de forma presencial y

directa por la Sra. Marta, que resuelve las dudas que se les suscitan y controla la correcta cumplimentación de las solicitudes que realizan; se comprometían a no colaborar con otro Agente de Seguros para operar en los mismos seguros a que se refiere este contrato, salvo autorización concreta de esta Agencia; el Agente abonará al Subagente, en las operaciones de seguros que obtenga personalmente sin ninguna colaboración, y por las gestiones de cobro de recibos de primas que se le encomienden, las comisiones establecidas; no se encontraban sujetos a ningún tipo de horario, si bien cumplimentan un parte diario en el que reflejan las llamadas realizadas en el día; todo ello bajo el principio de que el Subagente queda personalmente obligado a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma.

2. El Tribunal Supremo reitera la doctrina expresada en las Sentencias de 26 de mayo y 12 de junio de 2006. Distingue la relación jurídica de agencias de seguros, de naturaleza civil y no laboral, de las que suscriben los subagentes de seguros, en el sentido de que frente a la característica autonomía y estabilidad de los agentes, los subagentes pueden estar sujetos de una relación laboral. Estima que de la “(...) posibilidad de que los agentes de seguros utilicen servicios de subagentes, que [colaboren] con ellos en la formación y mediación de seguros en los términos que se acuerde en el contrato”, prevista por el artículo 7.3 de la Ley 9/1992, no se puede deducir que el Legislador haya atribuido al contrato entre agente y subagente naturaleza mercantil, con carácter general. Por el contrario, se ha de examinar en cada caso si concurren o no las notas que configuran la relación jurídico-laboral a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 ET. Y en el presente supuesto el Tribunal Supremo constata que los subagentes carecen de horario fijo, aunque acuden diariamente al local de la demandada, en donde realizan su labor consistente en vender por teléfono diversas modalidades de seguros, para lo cual emplea los medios que les suministra la empresa, que también les asigna una concreta demarcación territorial; por lo demás, los subagentes cumplimentan un parte diario en el que reflejan las llamadas realizadas en el día y que luego entregan a una monitora “Jefe de Grupo”. Quizá lo más relevante es que, pese a la inclusión de una cláusula de responsabilidad del buen fin de las operaciones, lo que se establece en realidad es el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tiene éxito, sin que se acredite la existencia real de responsabilidad de los riesgos o gastos efectivamente ocasionados por la operación fallida. Por todo ello, el Tribunal concluye que no puede calificarse de mercantil esta relación, ya que de los presupuestos fácticos descritos se desprenden sin duda las notas de ajenidad, dependencia y subordinación que configuran la relación jurídico-laboral del artículo 1.1 ET. Y añade que no es posible defender el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica en el ámbito de los seguros de quienes carecen de cartera de clientes, se limitan a vender seguros telefónicamente siguiendo las instrucciones de la agencia de seguros, se hallan controlados por una Monitora-Jefe, y no tienen instalaciones, personal o materiales propios sino que utilizan los de la expresada agencia, no siendo obstáculo suficiente para considerar laboral la relación el haber suscrito formalmente un contrato de subagencia.

3. Acierta la sentencia al desligar la previsión del artículo 7.3 de la Ley 9/1992 de la consideración concreta de las características que concurren en cada caso concreto. Quiere decirse con ello que el sometimiento de la relación entre agente y subagente a la citada Ley sólo se producirá cuando no concurren los rasgos constitutivos de la relación laboral

consagrados por el artículo 1.1 ET. Aunque en el supuesto de hecho se aprecian algunos aspectos que debilitan la nota de dependencia (y, en menor medida, de la ajenidad), es indudable que la concurrencia de esas dos notas no queda en absoluto desvirtuada.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas con vehículo propio

– STS de 13 de junio de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4072/2004), I.L. J 968

1. En el presente procedimiento, reclamaba el trabajador en la instancia que se reconociese la improcedencia o nulidad del despido. Ello no obstante, la sentencia de instancia entendió que el despido del actor era procedente. Recurrida en suplicación la resolución citada, la Sala de suplicación declaró la incompetencia del orden social para conocer de la demanda, dado que el actor carecía de la condición de trabajador por cuenta ajena. En casación para unificación de doctrina el debate se limita a esta cuestión. Consta que los demandantes realizaban funciones de mensajero, chófer, repartidor, tenían un horario flexible que solía abarcar de 8:30 a 13:30 y de 15:00 a 19:00 horas, los días laborales, y además un sábado al mes permanecía de guardia, percibían su retribución mensual mediante expedición de factura con IVA, con importes variables en función de los repartos realizados. Los gastos de gasolina y otras reparaciones eran satisfechos al actor por las demandadas.

2. La sentencia del TS se encuentra en este concreto caso limitada para enjuiciar el caso en virtud del principio de cosa juzgada, puesto que, con anterioridad al presente procedimiento, el actor inició otro en el que solicitaba el reconocimiento como laboral de la relación que le unía con las demandadas. Dicha demanda fue definitivamente resuelta por la STS de 19 de diciembre de 2005 (recurso 5381/2004), que declaró la existencia de relación laboral. La Sala, siguiendo el antecedente referido, entiende que, a tenor de los hechos probados, resulta evidente que la relación era laboral, pues se prestaban servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empleador.

3. La sentencia que se comenta tiene escaso interés doctrinal en tanto que el fallo viene predeterminado por la apreciación de la cosa juzgada, por lo que, habiendo recaído ya sentencia firme declarando la laboralidad de la relación, no queda más que estimar el recurso de casación interpuesto. Es relativamente frecuente que se produzca la dualidad de acciones aquí planteadas, en la medida en que la acción de reconocimiento de existencia de relación laboral tiene interés real, ya que de su reconocimiento depende, entre otros aspectos que se podrían señalar, que recaigan sobre la empresa las obligaciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, así como la responsabilidad sobre las prestaciones de Seguridad Social que, en su caso, se pudieran generar por el trabajador por cuenta ajena.

B) Personal contratado en las Administraciones Públicas

– STS de 7 de junio de 2006 (recurso 639/2005), I.L. J 936

1. La sentencia analiza el caso de una persona contratada mediante un contrato realizado al amparo del artículo 200 RDLeg. 2/2000, para impartir un curso de Matemáticas durante los meses de enero a junio de 2004, bajo supervisión del Director pedagógico del centro y con sometimiento a la programación y horario que le eran fijados, percibiendo periódicamente la retribución asignada en función de las horas de clase con carácter fijo por cada hora. El actor fue despedido verbalmente en febrero de 2004, tras haber sido requerido para que aportase documentación acreditativa de afiliación al RETA y alta en el IAE como docente, a lo que respondió el demandante manifestando su intención de denunciar los hechos ante la Inspección de Trabajo. El despido fue declarado nulo en la instancia. Recurrida dicha sentencia en suplicación, la sentencia apreció falta de competencia del orden social. Recurrida en casación para unificación de doctrina, la Sala confirma la decisión de la instancia, manteniendo así la competencia del orden social, al entender que el vínculo que une al actor y a la Administración demandada es de naturaleza laboral.

2. La sentencia comentada reitera la doctrina contenida en las SSTS de 19 de mayo de 2005 (recurso 2464/2004), 27 de julio de 2005 (recurso 41/2004), 6 de febrero de 2006 (recurso 646/2005) y 25 de mayo de 2006 (recurso 577/2005). La determinación de la competencia viene relacionada de forma indisoluble con la cuestión de la naturaleza de la relación laboral. La sentencia entiende que se trata de un trabajador porque la relación creada no se justifica en las posibilidades de contratación administrativa previstas en la legislación pertinente. De la misma forma, la figura contractual tampoco puede ampararse en el artículo 200 RDLeg. 2/2000, como formalmente ha pretendido la Administración, en la medida en que lo que allí se regula es una relación profesional de docencia de naturaleza independiente, aspecto este en el que no encaja el contrato realizado.

3. La sentencia reitera una doctrina ya conocida, según la cual se declara en primer lugar que no es relevante el *nomen iuris* con el que las partes califiquen al contrato celebrado, debiendo estarse al cumplimiento de los requisitos propios de la relación laboral, a saber, dependencia, ajenidad, voluntariedad, retribución y trabajo personalísimo. En el ámbito de las Administraciones Públicas dichos requisitos se cumplen con carácter general, constituyendo así una exclusión constitutiva, en la conocida clasificación de DE LA VILLA, centrándose así el debate esencialmente en determinar si la relación analizada cae en el ámbito de regulación administrativa. Ahora bien, en el presente caso, la frontera no sólo está constituida por dicha exclusión constitutiva, sino también por otras figuras contractuales que, sin exigir el cumplimiento de los requisitos de la relación laboral, puedan encubrir auténticas relaciones laborales. De hecho, en el presente caso, la figura contractual en que se había amparado la Administración era en el contrato a que se refiere el artículo 200 RDLeg. 2/2000, específico para actividades docentes, y que está pensado sólo para relaciones independientes y no dependientes como la presente. Siendo esto así, y no teniendo además encaje la figura en otro tipo de contratos administrativos previstos que cumplen –o pueden cumplir– todas las características propias de la relación laboral (como es el caso

de la contratación para trabajos específicos y no habituales), la sentencia defiende la laboralidad de la relación y, en consecuencia, la competencia del orden social para conocer de la extinción de la misma.

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO (COORDINADOR)

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. **2. Empresario.** A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. **3. Grupo de empresas.** A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Extinción de contratos temporales vinculados a la duración de una contrata y nueva contrata posterior. C) Responsabilidad por extinción de contrato como consecuencia de rescisión de la contrata. D) Responsabilidad de la empresa principal: no alcanza a las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación. E) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Responsabilidad exclusiva de la Empresa de Trabajo Temporal en caso de despido. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Consecuencias derivadas de la existencia de cesión: opción por la fijeza en supuestos de Administraciones Públicas. **7. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas. C) Sucesión de contratas y extinción de los contratos temporales celebrados en atención a las mismas. D) Subrogación contractual.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 585 a 1120) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas.

Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada

De nuevo nos encontramos en el período analizado con sentencias que deben abordar cuestiones relativas a la especial situación de los profesores que prestan servicios en centros privados concertados. En esta ocasión el problema se centra en determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas con fondos públicos. Con carácter previo, al objeto de la mejor comprensión del debate, conviene recordar, como hemos realizado en crónicas precedentes, que la STS de 20 de julio de 1999 dejó claro que de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación —derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo artículo 76 recoge un contenido similar— y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende que “en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración —que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial—, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dada por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, “el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y

el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales (...)’; y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de lo establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores’.” Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto, la **STS de 29 de junio de 2006**, u.d., I.L. J 1001, centrada, recordemos, en analizar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa del abono de la paga extraordinaria de antigüedad de los profesores, señala, trayendo a colación y reiterando la doctrina unificada de la Sala, principalmente la contenida en la STS de 7 de febrero de 2006, que “el pago de la gratificación extraordinaria de antigüedad debe recaer en la Administración educativa en los supuestos en que no haya resultado acreditado que en el año de la reclamación no se hubiese agotado la dotación presupuestaria”. En el caso de autos, al no quedar acreditado tal agotamiento, se estima el recurso de casación interpuesto por el Colegio y se afirma la responsabilidad de la Administración educativa.

La falta de contradicción alegada impide a la **STS de 16 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 739, pronunciarse acerca de si la doctrina contenida en la STSJ de Extremadura, que confirma el pronunciamiento de la sentencia de instancia, es la adecuada en la resolución del debate planteado. Apuntemos, no obstante, que la sentencia de instancia condenó solidariamente a la Junta de Extremadura y a la empresa demandada a abonar la paga prevista en el artículo 61 del IV Convenio de las empresas de enseñanza privada sostenidas con fondos públicos para el personal con 25 años de antigüedad en la empresa, pese a que la cantidad presupuestada para el módulo de salarios había sido ya superada en la correspondiente anualidad, pues, según el juzgador de instancia no podía aplicarse en relación al concepto reclamado el límite del artículo 49.6 de la LODE más arriba mencionado, dado que no se trataba de una alteración salarial, sino de un mero cambio en la calificación de un concepto que hasta entonces venía siendo abonado como mejora social de jubilación y que en el IV Convenio Colectivo del sector se considera salario. Sobre esta cuestión, cabe señalar que entre los argumentos y fundamentos utilizados por la recién citada STS de 29 de junio de 2006, u.d., I.L. J 1001, se recoge uno en el que, recordando pronunciamientos precedentes de la Sala, se afirma que “la llamada ‘paga extraordinaria por antigüedad’, establecida por el artículo 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada (...) tiene reconocida naturaleza salarial, porque se encuadra en el capítulo de retribuciones y se satisface como remuneración a una larga prestación de

servicios, sin que el artículo 26 ET ni la noción de salario requieran periodicidad, pues no dejan de ser salario las retribuciones de trabajos excepcionales”.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria

Un grupo de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia recaídas en el período estudiado aluden a idéntico supuesto de hecho, en el que se reclama la existencia de responsabilidad solidaria de diversas empresas bajo la argumentación de encontrarnos ante un grupo de empresas (**SSTSJ de Valencia de 6 de febrero de 2006**, I.L. J 633, 757 y 758). Conviene que de entrada precisemos, como hemos realizado en otras ocasiones, que la exigencia de responsabilidad solidaria sobre la base de la existencia de un grupo de empresas es en realidad una apelación carente de sentido técnico, pues cuando se aprecia la existencia de lo que la doctrina del Tribunal Supremo denomina “grupo de empresas a efectos laborales”, realmente lo que se produce es justamente la falta de realidad de un grupo como tal; y, precisamente por ello, por no existir grupo de empresas en sentido estricto sino un único empresario real, es por lo que se atribuyen las obligaciones y responsabilidades inherentes a la condición de empleador de forma solidaria a todos los entes implicados en el teórico grupo. En este contexto, tras reproducir la doctrina del Tribunal Supremo sobre el grupo de empresas y los elementos necesarios para declarar la responsabilidad solidaria de todas las integrantes del grupo, las sentencias citadas estimarán que en el caso de autos no sólo no existen puntos de conexión suficientes entre las empresas codemandadas para apreciar la responsabilidad solidaria de todas ellas sino que ni siquiera cabe entender la propia existencia del grupo empresarial. A tales efectos, los mencionados pronunciamientos señalan que los puntos de conexión entre las diversas empresas se reducían a que el administrador y socio de una de ellas era a su vez socio mayoritario y fundador de la otra; que la denominación de una de las empresas coincidía con la marca o nombre comercial de la otra; que una de las empresas era titular y arrendataria del inmueble en el que se ubicaba la otra en virtud de contrato de arrendamiento, y que los créditos suscritos por una de las empresas con una determinada entidad bancaria fueron garantizados por la otra empresa y sus administradores. Pero, al margen de estos puntos de relación, “no existe identidad de objeto social, ni confusión de plantillas, ni coincidencia de domicilio social, ni unidad de caja, por lo que hay que concluir que las mercantiles codemandadas actúan de forma independiente y por lo tanto no cabe extender la condena de (...) [una de ellas] (...) al resto de las mercantiles codemandadas”.

En el mismo sentido, y ante un caso de reclamación del trabajador de una mayor antigüedad a los efectos del cálculo de la indemnización por despido derivada del hecho de haber prestado servicios en empresas pertenecientes a un mismo grupo, la **STSJ de Cantabria de 8 de marzo de 2006**, I.L. J 818, recordará la configuración jurisprudencial del grupo de empresas señalando lo siguiente: “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello,

III. Empresario

sin más, una responsabilidad solidaria (...) sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”; “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son”; para lograr esa responsabilidad solidaria, “hace falta un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) necesidad de que el nexo o vinculación entre las empresas reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales; b) el funcionamiento unitario o integrado de las organizaciones (...), la prestación de trabajo indistinta o común (...) en favor de varios empresarios y la búsqueda (...) de una dispersión o elusión de responsabilidad laboral; c) confusión de plantillas, confusión de patrimonios sociales (...); d) utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente (...) en perjuicio de los trabajadores (...); e) por último, las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajos y del aspecto de estar afectado por el fenómeno, real o ficticio de empresario”.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 6.A).

B) Extinción de contratos temporales vinculados a la duración de una contrata y nueva contrata posterior

Reiterando pronunciamientos precedentes, la STS de 4 de mayo de 2006, u.d., I.L. J 724, recordará que la extinción de un contrato para obra o servicio determinado por finalización de una contrata no constituye despido aunque posteriormente se celebre una nueva contrata con la misma empresa, pues:

“al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, era igualmente ajustada al mandato del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato concertado precisamente para la realización del servicio a que aquélla se refería (...). Y esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, con la misma finalidad. Se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior, bien por suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte, pero sin que, por Ley o convenio colectivo, venga obligada a ello”.

C) Responsabilidad por extinción de contrato como consecuencia de rescisión de la contrata

Los supuestos de sucesión de contratas y la cuestión de su posible inclusión en el supuesto de hecho del artículo 44 ET son objeto de frecuente litigiosidad como hemos comentado en muchas ocasiones y haremos también en esta crónica en el apartado correspondiente; sin embargo, aludimos ahora a este problema en la medida en que lo que

se cuestiona en la STS de 28 de marzo de 2006, u.d., I.L. J 914, no es ya la aplicación del efecto subrogatorio a un supuesto de sucesión de contratas, sino más directamente la propia existencia de tal sucesión, de tal manera que una respuesta negativa a este interrogante actuaría como causa impeditiva del juego de la subrogación prevista en el convenio colectivo aplicable. El supuesto de hecho es el siguiente: un Ayuntamiento suscribe con una determinada empresa una contrata de prestación de servicios relativa al mantenimiento y conservación de los parques y jardines. La empresa rescinde el contrato por impago de la empresa principal, remitiéndole, asimismo, comunicación en la que se le indica que en cumplimiento del convenio colectivo de jardinería se le pasa a detallar el personal afecto por subrogación. Al mismo tiempo, la empresa envía a cada uno de los trabajadores carta en la que se les comunica la extinción de sus contratos por fin de obra. El Ayuntamiento contesta a la empresa que no se ha llevado a cabo nueva licitación y, en consecuencia, no se ha producido sucesión o sustitución de empresa en el contrato que deba subrogar al personal del actual adjudicatario, de tal manera que finalizado el contrato de prestación de servicios cualquier obligación laboral será asumida por el empresario conforme al Pliego de Cláusulas administrativas particulares que rige el contrato. Frente a la demanda de los trabajadores por despido, el Juzgado de lo Social declaró la improcedencia de los mismos, y, en aplicación del convenio colectivo estatal de jardinería, condenó al Ayuntamiento al cumplimiento de las obligaciones que la Ley impone en caso de despido improcedente. Recurre en suplicación el Ayuntamiento y la Sala de lo Social del TSJ, si bien mantiene la declaración de improcedencia de los despidos, revoca la resolución de instancia en el sentido de modificar la entidad condenada al cumplimiento de las obligaciones legales derivadas de tal declaración, pues condena a la empresa y absuelve al Ayuntamiento. La empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina pero la inexistencia de la contradicción alegada impide que el Tribunal Supremo entre a conocer del fondo del asunto.

D) Responsabilidad de la empresa principal: no alcanza a las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación

La STSJ de Madrid de 30 de enero de 2006, I.L. J 1082, estudiada en el apartado relativo a la distinción entre cesión ilegal de trabajadores y válida contrata de servicios, contiene también un pronunciamiento acerca del alcance de la responsabilidad del empresario principal en los supuestos del artículo 42 ET, de tal manera que la Sala del TSJ estima el motivo alegado por el recurrente en el sentido de que encontrándose ante una contrata de servicios válidamente celebrada, el empresario principal “sólo debe responder, solidariamente, de las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social de la contratista, pero nunca de la indemnización por despido y de los salarios de tramitación”.

E) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 7.B).

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Responsabilidad exclusiva de la Empresa de Trabajo Temporal en caso de despido

La STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105, desestima el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador frente a la sentencia de instancia que, estimando parcialmente su demanda, declara nulo su despido por la ETT, si bien entiende que la responsabilidad es única y exclusiva de ésta sin que quepa afirmar la responsabilidad solidaria de la Empresa Usuaria como pretendía el trabajador. La Sala del TSJ del País Vasco, tras diferenciar la figura de la cesión ilegal de trabajadores y la que se articula a través de las Empresas de Trabajo Temporal, argumentará que si en el contrato empresarial de puesta a disposición “no concurre la causa de temporalidad o no se ha producido el supuesto de extinción el cese del trabajador constituirá un despido pero que a todas luces deberá ser calificado de improcedente y donde la empresa de trabajo temporal será la única responsable de aquellas consecuencias, normalmente de naturaleza indemnizatoria (...) debiendo entender que si bien la ETT se encuentra supeditada en cierto modo a la empresa usuaria en lo que es causalidad de la temporalidad o extinción del contrato de puesta a disposición, las consecuencias de cualquier actuación fraudulenta tienen que ser impedidas legalmente reconociendo al trabajador sus derechos en lo relativo a la extinción del contrato y el salario aplicable, pero limitando tales responsabilidades a la empresa de trabajo temporal según el párrafo 3º del artículo 16 de la Ley 14/1994 donde la empresa usuaria solamente responde subsidiariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social y en todo caso, y de forma solidaria, en caso de incumplimiento de prohibiciones y otras irregularidades a que se concierne la nulidad del contrato de puesta a disposición y que reflejan entre otros los artículos 6 y 8 de la referida Ley 14/1994 y que no se producen en el supuesto de autos”.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata

La diferenciación práctica entre la lícita figura de la contrata de obras y servicios y la prohibida cesión de mano de obra sigue ocupando gran parte de la preocupación de los tribunales y del debate judicial. Algunos de los criterios y parámetros delimitadores nacidos de esta actividad jurisdiccional encuentran hoy consagración normativa en el recientemente reformado artículo 43 ET, en concreto en su apartado 2, que viene a reproducir, aún sin poder determinar con qué grado de eficacia y trascendencia delimitadora real, las principales pautas e indicios que la jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo viene manejando a la hora de distinguir entre los supuestos enmarcables en el artículo 42 ET y los que forman parte del ámbito de aplicación del artículo 43 ET. A esta cuestión tratan de dar respuesta la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2006, I.L. J 587, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 776, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057, la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2006, I.L. J 1082 y la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006,

I.L. J 1105. Al objeto de simplificar y dada la similitud en los argumentos utilizados por estos pronunciamientos, resumimos la doctrina extraída de los mismos en los siguientes términos:

– La diferenciación entre la contrata y la cesión se presenta particularmente compleja, porque en la práctica se recurre a la primera como medio formal de articular el acuerdo interpositorio. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración, complementarios, no excluyentes, y que tienen un valor orientador, como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista (**STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057**). Existe, por tanto, una auténtica contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo, manteniendo a los trabajadores de su plantilla dentro de su poder de dirección (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765**).

– Puede existir cesión ilegal de mano de obra aunque no se trate de empresas aparentes o simuladas sino que estén legalmente constituidas y cumplan sus obligaciones laborales y de Seguridad Social. De ahí la necesidad de analizar de forma pormenorizada las circunstancias objetivas en las que se ha desarrollado el trabajo para determinar si la cesión ilegal puede ser constatada. Se basa, por tanto, en una prueba de indicios, en averiguar cómo se desenvuelve realmente la prestación laboral (**STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105**; **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057**; **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 587**).

– Los verdaderos problemas de delimitación jurídica surgen cuando las dos empresas tienen una apariencia real y cuentan con organizaciones e infraestructuras propias, pues aun así puede existir cesión ilegal si la aportación de la empresa contratista se limita al suministro de mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, sin que entren en juego su propia organización y dirección (**STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105**; **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057**; **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 776**; **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765**) Por ello, en estos supuestos se debe determinar si concurren otras notas o indicios que permitan concluir la existencia de una cesión ilegal, tales como que los trabajadores sean utilizados por la empresa principal en servicios normales y permanentes, o que realicen los mismos trabajos que su personal propio, o la falta de gestión empresarial de la contratista respecto de sus trabajadores (**STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105**).

– La actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el

III. Empresario

contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal (STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1057). No obstante, se permite que exista una subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante, teniendo en cuenta que puede ocurrir que el empresario principal dirija el trabajo por las especiales funciones que exige el mismo o porque se trate de trabajos de ciertas peculiaridades, de forma que, a veces, se trata de una mera supervisión de la actividad, elemento que no es suficiente por sí solo para considerar que existe cesión ilegal (STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 587).

– La finalidad de la prohibición del suministro de mano de obra es salvaguardar el espíritu de la contratación laboral, protegiendo a los trabajadores en sus condiciones laborales y sancionando el fenómeno de una interposición en el contrato de trabajo con carácter especulativo o ánimo defraudatorio. Ahora bien, no estamos ante un tipo penal que exija dolo o negligencia culpable, por cuanto puede existir la imprudencia o tentativa que permita que esas condiciones desfavorables deban ser tildadas de cesión ilegal, sin que pueda ni deba serle imputado un ilícito penal (STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105).

La aplicación de las anteriores consideraciones y criterios al caso de autos lleva a la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105, a estimar que no existe cesión ilegal, mientras que dan una respuesta afirmativa la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 776 y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2006, I.L. J 587.

B) Consecuencias derivadas de la existencia de cesión: opción por la fijeza en supuestos de Administraciones Públicas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.4 ET, los trabajadores sometidos a cesión ilegal tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria. En los supuestos en que uno de los empresarios implicados en el tráfico prohibido sea una Administración Pública y el trabajador opte por alcanzar la condición de fijo en ella, la jurisprudencia ha tenido que afrontar el problema de compatibilizar tal circunstancia con las prescripciones constitucionales de acceso a la función pública. La solución adoptada ha sido la misma que la acogida en los casos de contratación temporal irregular por las Administraciones Públicas. Así, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 776, tras señalar que “no cabe exonerar al Ministerio demandado de tal obligación por la condición de pertenecer a la Administración Pública”, recordará la doctrina unificada del Tribunal Supremo que distingue “entre trabajador fijo y trabajador por tiempo indefinido”, de tal manera que “la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por

un contrato de trabajo por tiempo indefinido, lo que debe tenerse presente a los efectos del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores (hoy artículo 43.4 ET)”.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos del supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho del fenómeno de la sucesión empresarial es uno de los debates que con más intensidad ha ocupado a la doctrina científica y jurisprudencial en lo que al análisis de esta figura concierne; y no sólo en nuestro país. La normativa comunitaria, y sus hasta cierto punto comprensibles imprecisiones, ha propiciado un elevadísimo número de pronunciamientos del TJCE y una vacilante doctrina, a veces con consecuencias directas sobre el texto de la norma y su necesaria rectificación, que pese a todo no parece definitivamente cerrada. Las transformaciones productivas y las nuevas formas de gestión empresarial están detrás, en buena medida, de la difícil determinación del encaje del caso examinado dentro de las coordenadas constitutivas de la sucesión de empresa, a lo que tampoco es ajena la cuestión, irrelevante en principio en el texto del artículo 44 ET, de la no siempre mejor opción de la afirmación de la existencia de subrogación por lo que a los intereses de los trabajadores respecta. En este contexto, de los dos elementos tradicionalmente exigidos por nuestro Tribunal Supremo en la configuración de la figura de la sucesión empresarial, a saber, el denominado elemento subjetivo, representado por el cambio en la titularidad empresarial, y el llamado elemento objetivo, materializado en la transmisión al cesionario de los factores materiales y personales necesarios para la actividad empresarial –hoy identificados en el artículo 44.2 ET en la transferencia de una entidad económica que mantenga su identidad– es este último el que mayores discusiones ha generado, fundamentalmente en su aplicación a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas, como más adelante veremos. En este marco, la **STS de 4 de marzo de 2006**, u.d., I.L. J 706, deberá determinar si existe sucesión empresarial en un supuesto configurado por los siguientes datos fácticos: una trabajadora es contratada por el Concello de Viveiro para dar una serie de cursos en su Escuela Oficial de Idiomas, dándose la circunstancia de que dicha Escuela inicia su funcionamiento como extensión de la Escuela Oficial de Idiomas de Monforte de Lemos. Más tarde, en virtud de Decreto de la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, se crea como tal la citada Escuela del Concello de Viveiro, lo que origina el despido de la trabajadora pues según el Concello de Viveiro, que es quien contrató a la trabajadora y pagó los salarios, no puede asumir gastos de otra Administración Pública, refiriéndose a la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia. El Alto Tribunal mantendrá que:

“todo el comportamiento del Concello de Viveiro, contratación, pago de nóminas y por último el despido, le definen como empresario de la demandante. La sola existencia del Decreto (...) y la Orden (...) autorizando el funcionamiento para el curso 2002-2003 de la Escuela Oficial de Idiomas sin otros elementos que revelen la medida del compromiso a

III. Empresario

cargo de la Xunta de Galicia, no basta para establecer entre ésta y el Concello de Viveiro el nexo que autorice predicar la subrogación empresarial en la relación que el Ayuntamiento mantenía con la trabajadora”.

Los procesos de transferencia de personal entre las Administraciones Públicas también han suscitado frecuentes dudas acerca de su posible inclusión en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET, máxime si tenemos en cuenta que, a diferencia de las previsiones de la normativa comunitaria, nuestro precepto estatutario no contiene referencia ni exclusión expresa de la actividad llevada a cabo por la Administración de las consecuencias del fenómeno de transmisión empresarial. En este contexto, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de marzo de 2006**, I.L. J 798, tras señalar que “es sólida y reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que afirma que los procesos de transferencia de personal desde la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas se encuentran afectados por la garantía de indemnidad de las condiciones de trabajo que se contiene en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, reconocerá el derecho de la trabajadora, en un caso en el que habiendo prestado inicialmente sus servicios para un determinado Colegio perteneciente al extinto movimiento nacional, posteriormente lo hace para la Universidad de Valladolid debido a la integración de la plantilla de aquél en ésta como consecuencia de su adscripción a la entidad universitaria, a computar su antigüedad desde la fecha en que comenzó su trabajo para el citado Colegio, pues,

“con independencia de los términos en que la Gerencia de la Universidad de Valladolid integrara a esa trabajadora en la plantilla de los laborales de tal Universidad, la subrogación contractual *ope legis* producida comportaba indefectiblemente la obligación del nuevo titular empresarial de asumir y respetar a todos los efectos los derechos laborales acopiados por la trabajadora y, por ende, su antigüedad en el Colegio”.

A un caso de posible existencia de sucesión empresarial con intervención de la Administración Pública alude también la **STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 2006**, I.L. J 605, en esta ocasión debiendo determinar si la reversión a un Ayuntamiento del servicio público de atención a personas necesitadas en los pisos tutelados de titularidad municipal, anteriormente gestionado indirectamente por una empresa concesionaria, constituye o no un supuesto de transmisión de empresa. La sentencia de instancia dio una respuesta afirmativa a la cuestión, recordando que la jurisprudencia comunitaria reconoce la posibilidad de que la sucesión se produzca incluso cuando los elementos patrimoniales se reducen a la mínima expresión. Distinta será la postura del TSJ que, tras apuntar, como hemos indicado más arriba, que la aplicación del régimen comunitario de garantía del trabajador “a la transmisión a un sujeto de Derecho público, incluidos los entes territoriales, aunque nada se especifique en el artículo 44 ET, es una reiterada doctrina comunitaria que, a efectos de la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, parte siempre de la distinción entre actividades de poder público y actividades económicas y no de la naturaleza jurídica del sujeto titular de la empresa”, concluirá que:

“Si, conforme a la Directiva comunitaria y el artículo 44.2 ET existe sucesión cuando la transmisión afecte a una actividad económica que conserve su identidad, lo que supone que la actividad ejercida por el cesionario sea idéntica a la ejercida hasta entonces por

el cedente y que la propia entidad se mantenga sin cambios a pesar de la transmisión, debe concluirse que, dadas las importantes diferencias de estructura, de naturaleza y de normativa aplicable entre una empresa privada concesionaria y la gestión directa por una Administración territorial no concurre el criterio de la identidad de la entidad económica y, por tanto, que no existió sucesión de empresas, por lo que el Ayuntamiento recurrente no quedó subrogado en las obligaciones laborales de la empresa adjudicataria”.

Entre la afirmación inicial y la respuesta conclusiva, la Sala argumentará que en el caso examinado resulta evidente la existencia de una entidad económica, “de un conjunto de medios organizados (los pisos tutelados, las trabajadoras y la empresa privada concesionaria que los coordina o dirige) a fin de llevar a cabo una actividad económica que no implica ejercicio de poder público (la prestación de un servicio a personas necesitadas)”; que “cuando la concesionaria deja la actividad (...) y éste [el ente local] decide gestionar directamente, está produciéndose el traspaso de la entidad económica”; ahora bien, el problema a dilucidar en el caso concreto, y en atención a los criterios mantenidos por la jurisprudencia comunitaria, es si la entidad económica transmitida mantiene su identidad, “por cuanto la circunstancia de que la actividad desarrollada por el antiguo y el nuevo empresario sea similar no permite concluir automáticamente la existencia de transmisión de una entidad económica”, dándose la circunstancia de que se producen “modificaciones importantes en la organización, funcionamiento, financiación y régimen jurídico en una entidad económica antes gestionada por una empresa privada (...) y, tras la transmisión, directamente por una entidad local”.

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de abril de 2006**, I.L. J 1058, debe dilucidar si la decisión de una determinada empresa de externalizar el servicio de limpieza, habiendo contratado para tal fin a una concreta entidad, puede obligar a sus trabajadores, con base en la existencia de una sucesión de empresas, a depender de esa nueva contratista, que vendría así a subrogarse en la posición de la primitiva empresa que descentraliza la actividad. La respuesta es negativa, pues, a juicio de la Sala, y en aplicación de reiterada doctrina jurisprudencial, la concurrencia de la figura contemplada en el artículo 44 ET:

“requiere la transmisión al concesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización básica de la explotación, presupuesto que no acontece cuando no se produce un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni una ulterior transmisión al adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación del servicio adjudicado, con toda su infraestructura, produciéndose tan sólo la mera entrada de una nueva empresa, que, por lo que se refiere al supuesto examinado, tan sólo vendría a cubrir parte de una actividad de la entidad contratante, la de limpieza de sus instalaciones, que antes se venían realizando por aquélla, no implicando pues un supuesto de sucesión empresarial”.

Sin que, por lo demás, resulte aplicable al caso de autos la doctrina del TJCE sobre la “asunción de plantilla”, continúa razonando la sentencia citada, dado que:

“la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte (...)”.

B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas

Los fenómenos de sucesión de contratas y concesiones administrativas siguen planteando problemas relativos a su inclusión o no en el ámbito aplicativo de las disposiciones reguladoras de la transmisión de empresa, en concreto, de los correspondientes preceptos de norma comunitaria y de nuestro artículo 44 ET, transposición interna de lo dispuesto en la primera; problemas que, como alguna doctrina judicial ha puesto de manifiesto (**STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006**, I.L. J 1057), no parecen totalmente resueltos tras la modificación operada en la Directiva del 77 por la posterior del 98 (hoy codificadas en la Directiva 2001/23); reforma hoy recogida con absoluta literalidad en el artículo 44.2 del ET. Básicamente, y antes de esa denominada evolución de las tesis del Tribunal Supremo hacia un concepción más “ligera” o “desmaterializada” de empresa (**STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006**, I.L. J 1057), la postura de nuestro Alto Tribunal acerca del encuadramiento o no de la sucesión de contratas en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET se resumía en los siguientes términos: si no existe una transferencia patrimonial entre la contratista saliente y la entrante, la subrogación de trabajadores sólo tendría lugar si así lo establecía el convenio colectivo aplicable a ambas empresas o el pliego de condiciones administrativas de la concesión (**STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006**, I.L. J 817). Así las cosas, producida la mencionada evolución jurisprudencial hacia posturas más permisivas, entendida la expresión en el sentido de aceptar la inclusión de la sucesión de contratas en el supuesto de hecho de la transmisión de empresa —en esa transferencia de una entidad económica que mantenga su identidad—, en términos tales de admitir que en ciertas empresas, y bajo ciertos condicionantes, la asunción de plantilla puede significar la existencia de un fenómeno de transmisión de empresa (**STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006**, I.L. J 817), nos encontramos con sentencias como la **STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006**, I.L. J 817, en la que, tras poner de manifiesto esa evolución jurisprudencial, se acepta la existencia de sucesión en el caso de autos porque el convenio impone la subrogación de personal. Obsérvese que de consolidarse este planteamiento, lo que en la doctrina del Tribunal Supremo nació como una vía alternativa para la aplicación de los efectos subrogatorios a aquellos casos en que no se daban los elementos definitorios del presupuesto de hecho del artículo 44 ET, puede convertirse en un mecanismo indirecto de constatación de la efectiva presencia de los requisitos exigidos por la norma legal, con la importantísima consecuencia de que entonces habríamos de aplicar al caso concreto el conjunto de efectos y garantías recogido en el Estatuto de los Trabajadores. La cuestión en absoluto es baladí, pues estaríamos yendo mucho más allá de lo pretendido por la norma convencional y de lo que se deriva de la doctrina jurisprudencial, pues la subrogación ya no se produciría, como afirma la doctrina unificada del TS, sólo y en la medida en que se cumplieran los requisitos y exigencias previstos en el convenio y con el alcance en él fijado (véanse, **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 8 de marzo de 2006**, I.L. J 813; **STSJ de Cantabria de 8 de marzo de 2006**, I.L. J 818) sino, muy al contrario, con los efectos y consecuencias

previstos en la norma legal; señaladamente, entraría en juego, por ejemplo, la responsabilidad solidaria fijada en el artículo 44 ET y que habitualmente los convenios colectivos que prevén la subrogación contractual en los casos de sucesiones de contratas no suelen establecer.

Así las cosas, y como demostración de la importante trascendencia que el debate que acabamos de abrir puede tener, destacamos que entre los elementos diferenciales que llevan a la **STS de 14 de junio de 2006**, u.d., I.L. J 965, a estimar la falta de contradicción alegada por el recurrente, se encuentra el dato de la asunción o no de trabajadores por la nueva empresa contratista, señalando el Tribunal Supremo que el mismo “constituye un factor de hecho absolutamente decisivo a la hora de determinar si hubo o no traspaso, cesión o subrogación empresarial, a la luz de la Jurisprudencia del TJCE”.

C) Sucesión de contratas y extinción de los contratos temporales celebrados en atención a las mismas

Véase apartado 4.B).

D) Subrogación contractual

De nuevo hemos de hacer referencia en estas crónicas al examen de la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, ha planteado el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La cada vez más copiosa doctrina unificada del TS sobre el particular ha dejado sentado, y repite la **STS de 4 de julio de 2006**, u.d., I.L. J 1034, “que el traspaso de funciones operado entre Iberia e Ineuropa no podía ser calificado como sucesión empresarial del artículo 44 ET porque no se había producido la cesión de los elementos materiales necesarios para llevar adelante la explotación, sino sólo unas cesiones de contratos de trabajo, necesitadas del consentimiento de cada trabajador”. Apuntemos, no obstante, algunas afirmaciones realizadas por el pronunciamiento mencionado que pueden significar ciertas modificaciones, como algunos autores han señalado, en la que viene siendo doctrina tradicional de nuestro Alto Tribunal. En particular, la necesidad de consentimiento expreso del trabajador afectado se exige para que opere el fenómeno subrogatorio con independencia o más allá de que tal efecto esté previsto en el pliego de explotación del servicio. Aunque se indica explícitamente no estar en presencia de un supuesto del artículo 44 ET, dada la analogía de la cuestión debatida —a saber, si los trabajadores mantienen el derecho a billetes gratuitos y reducidos— con lo que derivaría de la aplicación del precepto estatutario, se utilizan los criterios y doctrina emanados en la interpretación del artículo legal a la realidad estudiada, concluyendo que la pretensión del trabajador no puede prosperar porque:

“el derecho a percibir billetes de avión de tarifa gratuita y con descuento en la misma medida en que lo tenía reconocido en la empresa anterior, (...) recogido en el convenio colectivo de Iberia, no puede ser calificado como derecho consolidado en poder de los

III. Empresario

trabajadores que pasaron de una empresa a otra, por cuanto estaba establecido en atención a las concretas condiciones y situación de aquella empresa, es decir, en relación con el hecho de que Iberia es una empresa dedicada al transporte de pasajeros con flota propia, y por lo tanto sólo es ejercitable por quienes mantengan su relación de trabajo con ella. En definitiva, estamos en presencia de un derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral con Iberia; y, por consiguiente, no puede ser reconocido, aun cuando exista un pacto de subrogación (...), a quienes han pasado al servicio de otra empresa que, (...) no reúne las condiciones determinantes del derecho en cuestión, ya que no posee flota propia de aviones como ocurría con Iberia y está dedicada exclusivamente a prestar servicios de *handling*, es decir en tierra”.

En la misma línea, y sobre idéntico supuesto fáctico, la **STS de 7 de julio de 2006**, u.d., I.L. J 967, presuponiendo la necesidad de consentimiento del trabajador para que la subrogación tenga lugar, sostendrá que si éste no ha existido estamos ante “un acto meramente anulable”, no nulo de pleno derecho y por ello imprescriptible, sino sujeto a plazo de prescripción; plazo “que no puede ser otro que el previsto de manera específica en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, desde el momento en que la acción ejercitada se deriva incuestionablemente del contrato de trabajo y agota sus efectos precisamente en dicho ámbito laboral”.

Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de abril de 2006**, I.L. J 1058, comentada en el apartado 7.A) de esta crónica, tras descartar la existencia de subrogación empresarial ex artículo 44 ET y ex previsión contenida en la norma convencional aplicable, analizará si dicho efecto podría derivarse del hecho de encontrarnos ante un supuesto de lo que venimos denominando subrogación contractual. Cuestión a la que da una respuesta negativa, dado que “al haberse adoptado unilateralmente por la empresa demandada, empleadora de la actora, la decisión de que ésta pasase a depender de la entidad adjudicataria del servicio de limpieza, mediante cesión contractual, en la que no prestó consentimiento la accionante, se produjo una subrogación nula, al contravenirse las exigencias legales previstas al efecto (...)”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Cláusulas de empleo. B) Procedimiento de selección: criterios admisibles. C) Período de prueba.

3. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado: una novedad normativa relevante. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Interinidad. d) Otros contratos temporales. B) Reglas generales.

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contratos indefinidos. c) Extinción. **4. Los contratos formativos. 5. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos. 6. Contratación en la Administración Pública.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La crónica que sigue recoge una síntesis de los pronunciamientos judiciales en materia de contratación recogidos en los números 5 a 8 de la Revista Información laboral-Jurisprudencia. El pronunciamiento más interesante es, probablemente, la **STS de 31 de mayo de 2006**, I.L. J 901, que excluye la posibilidad de compensación de las cantidades abonadas en razón de la finalización de los sucesivos contratos temporales cuando la secuencia contractual se declara en fraude de ley y se condena al pago de la indemnización de despido improcedente. En otro orden de cosas, y en razón del número de pronunciamientos, interesa igualmente destacar el amplio grupo de sentencias del TS que unifican doctrina respecto del tratamiento de la interinidad por vacante en la empresa Correos y Telégrafos.

Por último, se aprovechará la exposición para dar cuenta de algunas novedades normativas de interés. En efecto, aunque no es preciso específico comentario de la Ley 32/2006, de 29 de diciembre –puesto que su contenido normativo reproduce el anterior RDL 5/2006, que ahora se deroga y que ya fue comentado en el número anterior–, sí resulta oportuno hacer alguna referencia a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, por cuanto que algunos de sus preceptos se refieren a materias vinculadas a la contratación laboral en este sector.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Cláusulas de empleo

En relación con la contratación, se encuentran algunos pronunciamientos referidos a obligaciones empresariales en punto a empleo y, señaladamente, a compromisos de conversión de trabajadores temporales en fijos. La **STSJ de Navarra de 10 de abril de 2006**, I.L. J 824, versa sobre interpretación de cláusula convencional que limita el número de trabajadores temporales y apunta a la conversión de los excedentes en indefinidos. No obstante, es una sentencia sumamente apegada al caso concreto lo que dificulta extraer algún tipo de doctrina general.

Ésta sí que se encuentra, sin embargo, en la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de marzo de 2006**, I.L. J 1040, referida a la interpretación de compromisos de conversión de trabajadores indefinidos en fijos en el seno de una Administración Pública. Por razones vinculadas a los principios constitucionales y legales, una cláusula de este tipo resultaría inadmisibles. Por ello, el TSJ interpreta las alusiones a esta conversión de manera estricta, contraria a la pretensión del trabajador y limitándola literalmente al mantenimiento en el puesto como indefinido, pero sin adquisición de la condición de fijo.

En fin, y desde el punto de vista normativo, conviene recordar que el artículo 4.4 Ley 32/2006 establece, para las empresas que aspiren a funcionar como contratistas o subcontratistas en el sector de la construcción, una cantidad mínima de trabajadores indefinidos. En efecto, conforme al indicado precepto,

“Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10% durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20% durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30% a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive.”

El precepto plantea un buen número de problemas interpretativos, de difícil solución. Apuntaremos un par. El primero es el de si su efectividad requiere o no un específico desarrollo reglamentario. Así parece indicarlo expresamente el precepto, aunque no se acaba de entender la necesidad puesto que el contenido legal resulta suficiente como para su efectiva exigencia inmediata (aunque sólo hacia el futuro, en los términos de la Disposición Transitoria Primera de la propia Ley). En cuanto al segundo, se relaciona con los eventuales efectos del incumplimiento que parecen constreñirse a los de carácter administrativo, esto es, a las eventuales sanciones que se impongan a las empresas incumplidoras ex artículo 11 Ley 32/2006 –que se remite, en este punto, a la nueva infracción grave del artículo 8.16 LISOS–. Existirán dificultades, pues, para que pretensiones de fijeza contractual sean admisibles sobre la base del nuevo precepto.

IV. Modalidades de Contratación

B) Procedimiento de selección: criterios admisibles

Por su parte, en línea con tendencias interpretativas consolidadas, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de marzo de 2006**, I.L. J 686, considera ajustada a derecho la exigencia de ciertos estándares físicos para el acceso a un empleo que los requiera, permitiendo con ello la exclusión del oportuno proceso selectivo de carácter público de la persona que no las reunía sin que ello pueda reputarse arbitrario o discriminatorio.

C) Período de prueba

Como es habitual, la mayor parte de los pronunciamientos referidos a los aspectos generales de la contratación laboral giran en torno a la institución del período de prueba. Algunos reiteran pautas conocidas. Es el caso de **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 14 de marzo de 2006**, I.L. J 1045, que descarta que el mero hecho de fijar un período de prueba individual, conforme a las pautas prevenidas en el convenio, pueda dar lugar a una práctica abusiva puesto que el abuso de Derecho no se presume.

Sin embargo, son de destacar dos sentencias del TS. La primera es la **STS de 25 de noviembre de 2005**, I.L. J 751, que considera abusivo el período de prueba –y, por ende, improcedente el cese acordado en su virtud– cuando el contrato en el que se pacta se produce después de otras contrataciones con empresas que, aun siendo diferentes de la última contratante, guardan con ésta relación suficiente como para entender que el trabajador ya ha acreditado su aptitud y el empresario contratante lo sabe. Esta misma doctrina se aplica en la **STSJ de Valencia de 31 de enero de 2006**, I.L. J 760.

Por su parte, la **STS de 30 de mayo de 2006**, I.L. J 890, se enfrenta a un problema de interés: el de si la cláusula de prueba continúa siendo eficaz en los casos en los que el trabajador contratado es objeto de cesión prohibida ex artículo 43 ET. La respuesta del TS es afirmativa: cierto que la cesión prohibida tiene como fijeza la conversión en indefinido en cualquiera de las dos empresas; mas este efecto se compagina con el mantenimiento de las estipulaciones contractuales específicas que pudiera tener el contrato y, entre ellas, la previsión del período de prueba.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado: una novedad normativa relevante

Los pronunciamientos judiciales recaídos en el período analizado se mueven dentro de coordenadas previsibles (a). Conviene, sin embargo, tomar nota de alguna novedad normativa que puede tener interés (b).

a) Por lo que se refiere a la primera idea, encontramos, de entrada, un nutrido grupo de pronunciamientos que reitera que el mero hecho de percibir financiación exterior de

carácter público para proyectos concretos no autoriza la contratación para obra o servicio determinado, si aquéllos forman parte de la actividad habitual de la entidad contratante. Así lo reitera la **STS de 24 de abril de 2006**, I.L. J 696, cuya doctrina siguen otras dos en suplicación [**SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 14 de febrero de 2006**, I.L. J 764, y de **Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2006**, I.L. J 780].

Por el contrario, se sigue admitiendo que la necesidad de afrontar una determinada contrata es causa justificativa del uso de este contrato temporal (por ejemplo, **STSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 1098). E incluso se le da una vuelta de tuerca a esta doctrina. En efecto, aunque la doctrina de suplicación se había movido en otra línea —como demuestra la **STSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 1099—, la **STS de 4 de mayo de 2006**, I.L. J 724, establece una doctrina sumamente discutible en relación con los contratos de obra asociados a una contrata. En el supuesto, la empresa desarrollaba una contrata hasta una cierta fecha, procediendo en este momento al cese del trabajador. Sin embargo, al día siguiente, la propia empresa comenzaba otra contrata, con el mismo objeto y para la misma empresa. Pese a todo, el TS admite la legitimidad del cese. El TS se remonta a una anterior **STS de 22 de octubre de 2003**, que recuerda el carácter temporal de estos contratos aunque la actividad de la empresa contratista sea permanente y la necesidad cubierta por la contrata, también. A partir de esta idea sienta categórica doctrina sobre el asunto enjuiciado:

“el contrato (...) era temporal, existe una necesidad de trabajo temporalmente, objetivamente definido y conocido por las partes en el momento del contrato, con un límite temporal previsible en la medida que el servicio se prestaba por encargo de un tercero y mientras se mantuviera éste, extinguiéndose el contrato por finalización de la contrata, lo que no se alteró por el hecho de haber concertado una nueva contrata con la misma empresa”.

Conviene, por último, referirse a la **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006**, I.L. J 628, que se ocupa de un supuesto peculiar en el que el contrato de obra se extingue por el empresario en atención a que la prestación que venía siendo desarrollada por el trabajador es objeto de descentralización. El TSJ considera que el cese constituye un despido porque no se acredita el fin del servicio contratado, sin perjuicio, claro está, de que la indicada externalización pudiera haberse hecho valer por la vía del despido objetivo.

b) En el plano normativo, conviene detener nuestra atención en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 32/2006 que, bajo la rúbrica “negociación colectiva y calidad en el empleo”, establece:

“Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.”

IV. Modalidades de Contratación

Que el precepto da, con ello, “espaldarazo” legal al llamado contrato fijo de obra, previsto en el Convenio General de la Construcción, no puede ponerse en duda. Lo que sí resulta difícil de saber es si el mismo pasa, incluso, por encima de las previsiones relativas a la sucesión de contratos temporales introducidas en la reforma de 2006. Piénsese, en este sentido, que, conforme a la reconstrucción de aquel contrato en vía jurisprudencial (cfr., por ejemplo, STS de 30 de junio de 2005, comentada en el número anterior), este contrato no es en rigor más que una sucesión admisible de contratos de obra. En este contexto, el “espaldarazo” podría ser interpretado, esperamos que no, como una excepción a la regla actualmente incluida en el artículo 15.5 ET respecto a los límites temporales de la sucesión contractual.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Poco hay que decir respecto al contrato eventual. Tan sólo cabe señalar la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2006**, I.L. J 765, que reitera la conocidísima doctrina respecto a la necesidad de concretar la causa sin que sea suficiente la mera reproducción de la norma legal que la define.

c) Interinidad

Por el contrario, el contrato de interinidad ha dado lugar a una intensa actividad interpretativa de los tribunales, vinculada en la práctica totalidad de las ocasiones a la llamada interinidad por vacante y a los problemas que ésta plantea en el sector público. De hecho, tan sólo la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006**, I.L. J 1070, se refiere a la interinidad por sustitución y, en concreto, a los efectos de la no reincorporación del trabajador sustituido: de acuerdo con la sentencia, la regla reglamentaria que admite la existencia de justa causa para la extinción por la no reincorporación de aquél admite mejora convencional, con la posibilidad, tratándose de una AP, de pasar a que el trabajador por vacante se convierta en interino por vacante.

Ya en este último terreno, existe alguna sentencia que reitera tendencias anteriores. Así, la **STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 616, encuentra amparo en el artículo 49.1.b) ET para fundamentar la extinción de un contrato de interinidad por vacante, sobre la base de considerar probada la amortización de la plaza por la Administración correspondiente, con el consiguiente efecto de no proceder indemnización alguna a favor de trabajador que la ocupaba. Ello no obstante, la facultad administrativa de amortizar vacantes no es libérrima: queda sujeta, aparte a los límites procedimentales correspondientes, al necesario respeto a los derechos fundamentales. Tal es, en síntesis, la doctrina que establece la **STC 168/2006, de 5 de junio**, I.L. J 616. De acuerdo con el pronunciamiento, los argumentos de legalidad formal que justifican normalmente la amortización (modificación de la RPT acordada dentro del procedimiento reglamentario por órgano competente para hacerlo) no son suficientes para desvirtuar la apariencia de discriminación por razones sindicales eventualmente generada por los indicios aportados por el trabajador. Una justificación formal de este tipo “ni acredita las causas de la amortización del puesto de trabajo ni que éstas resulten ajenas por completo al móvil discriminatorio” y, por tanto, resulta como se ha dicho insuficiente.

En todo caso, la novedad más importante se relaciona con la determinación del régimen jurídico de la interinidad por vacante en la empresa pública Correos y Telégrafos. La cuestión se relaciona con la transformación de su naturaleza jurídica tras la Ley 14/2000 y su conversión en una sociedad anónima de titularidad pública. Habiendo perdido su condición de Administración Pública a raíz de esta Ley, se trata de saber si la interinidad por vacante queda sujeta al plazo máximo de tres meses, recogido en el segundo párrafo del artículo 4.2 RD 2720/1998 —como indica la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de marzo de 2006**, I.L. J 814—, o si, por el contrario, y de acuerdo con lo prevenido en el último párrafo del indicado precepto, habrá que estar a lo que dure el proceso selectivo correspondiente conforme a lo previsto en la normativa específica —solución esta preconizada por las de **SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 8 y 20 de febrero de 2006**, I.L. J 1039 y 586—.

La polémica ha sido zanjada en este último sentido por la **STS de 11 de abril de 2006**, I.L. J 599, dictada en Sala General, respecto a los trabajadores interinos de vacantes con anterioridad a la transformación de la entidad empresarial y su conversión de entidad de derecho público en empresa sujeta al privado. La normativa que la produjo, en efecto, lo que pretendió fue “simplemente mantener al personal con los derechos que tuviera en el momento de la transformación”, sin ninguna pretensión de retroactividad. Esta circunstancia, junto al hecho de que los convenios colectivos, el vigente en el momento de la transformación y el posterior, hayan continuado afirmando la posibilidad de estas contrataciones mientras no se completasen los procesos selectivos conduce a la conclusión de que:

“ni la norma de transformación establece cambio jurídico alguno en la situación de los contratados como interinos por plaza vacante antes de la entrada en vigor de la misma, ni puede afirmarse que aquella contratación careciera de cobertura legal tanto en el momento de su contratación como con posterioridad”. Por tanto, los trabajadores demandantes “no pueden pretender tener la condición de trabajadores fijos.”

Esta doctrina ha sido continuada por otras muchas sentencias (**SSTS de 11 de abril de 2006**, I.L. J 823, **de 23 y 30 de mayo de 2006**, I.L. J 713 y 892, y **de 14 de junio de 2006**, I.L. J 966) y extendida también a las contrataciones posteriores a la transformación de la naturaleza de la entidad empleadora por cuanto que tanto la Ley de transformación como las normas reglamentarias y convencionales aplicables:

“establecen una regulación más compleja, con la permanencia de elementos públicos en los procesos de selección y promoción interna, en la que resulta plenamente aplicable la regla del párrafo 3º del apartado b) del número 2 del artículo 4 RD 2720/1998, lo que es coherente tanto con el mantenimiento de la pertenencia de la sociedad al sector público (...) como con el propio régimen de las sociedades estatales, que está abierto a una aplicación selectiva de determinadas normas de derecho público en materia de contratación como se prevé en la Disposición Adicional Duodécima LOFAGE” (**SSTS de 11 de abril de 2006**, I.L. J 821 y 822; véanse también **SSTS de 19 de abril de 2006**, I.L. J 815, **29 de mayo de 2006**, I.L. J 915, **7 de junio de 2006**, I.L. J 938).

IV. Modalidades de Contratación

d) Otros contratos temporales. Escasísimo interés tienen los pronunciamientos referidos a otros contratos temporales. Y ello, por distintas razones

La STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006, I.L. J 1083, porque no pasa de ser una suerte de curiosidad “arqueológica” al referirse al desaparecido contrato de inserción. Con todo, reseñamos el supuesto relacionado con la determinación del salario de los trabajadores contratados mediante esta modalidad. La doctrina establecida hace referencia a que si el trabajador demandante pretende cobrar lo establecido en el convenio debe acreditar su existencia y, sobre todo, la aplicabilidad a este tipo de contratos puesto que, en la interpretación de la Sala, el convenio colectivo debe fijarlos específicamente lo que no ocurre con los que son anteriores a la implantación de la modalidad contractual.

Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de marzo de 2006, I.L. J 687, continúa luchando con las dificultades para encajar la previsión del contrato de sustitución de trabajadores jubilados anticipadamente ex RD 1194/1985, que se considera vigente, con el panorama actual de la normativa sobre contratación –ninguno de cuyas modalidades se acomoda a aquella previsión–. Con todo, firme la vigencia de la norma reglamentaria en la interpretación del TS, la sentencia reseñada posibilita recurrir a la interinidad por vacante, a pesar de las dificultades que la normativa que regula esta última plantea.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Como viene siendo habitual, es tema reiteradamente planteado el de la percepción de las ventajas relacionadas con la antigüedad por los trabajadores temporales. Y como también lo viene siendo, la respuesta se mueve en la línea afirmativa, en atención a las exigencias del principio de igualdad (STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2006, I.L. J 632, SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 28 y 30 de marzo de 2006, I.L. J 791 y 795). Esta regla juega sólo, sin embargo, dentro del ordenamiento laboral: no alcanza al personal estatutario que, de acuerdo con su regulación específica, sólo lo percibe desde el nombramiento en propiedad (STS de 4 de julio de 2006, I.L. J 1033, que reitera otras muchas recaídas con anterioridad).

b) Conversión en contratos indefinidos

Del mismo modo, las cuestiones vinculadas a la conversión de contratos temporales en indefinidos –aparte de las brevemente reseñadas sentencias en materia de compromisos convencionales de empleo [véase, más arriba, apartado 2.A)]– han girado sobre el cómputo de la antigüedad en estos casos. Sabido es que la antigüedad en los casos en que sucesivos contratos temporales devienen indefinidos por existencia de fraude de ley se computa desde el inicio de la primera vinculación –si no han existido soluciones de continuidad relevantes– (por ejemplo, STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765; en esta misma línea, para la indemnización por despido, STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006, I.L. J 1119). Sin embargo, la STSJ de Cataluña

de 1 de febrero de 2006, I.L. J 642, clarifica ahora que esta regla puede ser alterada si en su día se llegó a acuerdo transaccional, convirtiendo voluntariamente los contratos en fijos y reconociéndose en ese mismo momento una determinada antigüedad. Se trató de un “acuerdo transaccional que no iba en contra de la indisponibilidad de derechos que establece el artículo 3.5 ET” y que, por tanto, no puede intentar revisarse mucho tiempo después.

c) Extinción

Son interesantes, en fin, los pronunciamientos relacionados con la extinción de los contratos temporales. De entrada, ha vuelto a plantearse el problema de la aplicación de la llamada garantía de indemnidad a la extinción de los contratos de los trabajadores temporales. De acuerdo con la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de marzo de 2006**, I.L. J 1042, la mera proximidad entre la demanda en que se ejercita una pretensión declarativa de fijeza, y el cese del trabajador temporal no transforma éste en despido nulo por aplicación de la garantía de indemnidad elaborada por la doctrina constitucional. Con independencia de que el contrato temporal resultara efectivamente ilegal, estando efectivamente previsto el cese en una cierta fecha y no existiendo otro indicio que la cercanía entre ésta y la fecha de aquél, no se genera el panorama discriminatorio de la existencia de una represalia empresarial y, por tanto, el cese debe ser calificado como despido improcedente. La doctrina parece correcta pero no hay que olvidar que en supuestos relativamente similares el TC ha concedido el amparo (cfr. STC 16/2006, y las referidas al mismo supuesto).

Por su parte, resulta sumamente interesante la **STS de 31 de mayo de 2006**, I.L. J 901, que resuelve el problema de si, cuando una sucesión de contratos temporales, en aplicación de la figura del fraude de ley, da vida a un contrato indefinido, es posible en el momento de la extinción del contrato proceder a compensar de la indemnización de despido eventualmente debida las cantidades que fueron abonadas como extinción de fin de cada uno de los contratos temporales. Aunque el TS despeja los obstáculos procesales que eventualmente existirían para que la empresa pudiera oponer la compensación al trabajador, acaba por denegar por razones sustantivas la pretensión empresarial. En el primer sentido, el TS considera que la alegación de la compensación constituye contenido posible de la contestación a la demanda por despido y, por tanto, excluye que tenga naturaleza reconvencional. Con ello, su eventual alegación no queda impedida por la prohibición de acumulación de acciones a la de despido contenida en la LPL. Ello no obstante, el TS excluye, en el segundo sentido, que la compensación sea aplicable al supuesto que nos ocupa:

“para que dos deudas sean compensables es preciso, de conformidad con el artículo 1196 CC, que las dos estén vencidas, que sean líquidas y exigibles. Pues bien, en el caso de autos, las cantidades que se pretende compensen parte del importe de la indemnización por despido fueron satisfechas en su momento por el empleador como uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se han calificado como con-

IV. Modalidades de Contratación

trataciones en fraude de ley, y por ello no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna”.

Al hacer excesivo hincapié en los requisitos formales de la compensación, la sentencia deja en el aire si la pretensión empresarial podría ser ejercitada en procedimiento aparte. Probablemente, la última de las afirmaciones transcritas apunta en sentido negativo.

4. LOS CONTRATOS FORMATIVOS

Interesa la doctrina establecida en la **STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006**, I.L. J 808. Aunque la solución –declarar el fraude de ley y el carácter indefinido de un contrato para la formación por incumplimiento de las obligaciones formativas– es conocida, lo novedoso es que, a diferencia de lo que suele ocurrir, el defecto en la formación no se encuentra en la formación teórica –que, efectivamente, se considera impartida– sino en la práctica por cuanto las tareas asignadas, que por cierto no fueron supervisadas por el tutor asignado, no correspondían a aquélla.

5. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

Poco hay que reseñar respecto de estas modalidades; y todo referido a los fijos discontinuos. Los escasos pronunciamientos existentes, resuelven cuestiones conocidas–. Así, por ejemplo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2006**, I.L. J 1061, admite, como no podía ser de otro modo, posible contratación de este tipo de trabajadores en las Administraciones Públicas. Por su parte, en línea con reiterada doctrina anterior, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 1038, declara que la antigüedad de estos trabajadores se remonta al inicio real de la relación, aun cuando ésta inicialmente se desarrollara mediante pretendidos contratos eventuales.

En este panorama continuista sorprenden, sin embargo, algunos pronunciamientos que se separan de líneas interpretativas consolidadas. Es el caso, en primer lugar, de la **STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2006**, I.L. J 636, que, aun conociendo las SSTs que se han reseñado en números anteriores respecto a la posibilidad de que la relación de los artistas contratados por temporadas en un parque temático sea considerada de carácter fijo discontinuo, la descarta en el caso que enjuicia aduciendo que:

“no es posible desconocer el legítimo derecho del organizador de espectáculos, cuyo éxito económico, y por ende su supervivencia dependen de la asistencia y buena acogida del público, a intentar mejorarlos y renovarlos permanentemente (...) para imponerle la contratación continuada de artistas que pueden ser un obstáculo para conseguir estos objetivos.”

También sorprende, aunque por otras razones, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 23 de marzo de 2006**, I.L. J 793, en cuyo supuesto el trabajador había tenido 14 contratos de obra de duración equivalente a la de un curso escolar para atender las tareas de enseñanza

de pintura y otras manualidades por cuenta de una determinada entidad municipal de carácter cultural. A pesar de la reiteración de las funciones y de los períodos, el TSJ excluye la existencia de contrato fijo discontinuo, sobre la base de que la propia entidad sacaba a concurso cada año las plazas correspondientes. Esta misma discutible idea se encuentra en la inmediatamente posterior STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de abril de 2006, I.L. J 830.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En los apartados anteriores se encuentran algunas referencias a la contratación temporal en las Administraciones Públicas. Además de ellas, interesa ahora fijarse en algunas sentencias dictadas por el TS que contribuyen a perfilar la figura del trabajador indefinido pero no fijo de plantilla creada por el propio TS. La STS de 29 de noviembre de 2005, I.L. J 753, seguida por otras (STS de 3 de mayo de 2006, I.L. J 869; STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2006, I.L. J 786), contiene dos afirmaciones importantes. La primera, que es el asunto central del supuesto resuelto, es la inaplicabilidad de la excedencia por incompatibilidad a este particular tipo de trabajadores:

“En primer lugar, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación (...). Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente ‘un derecho preferente de reingreso en las vacantes de igual o similar categoría’ y este derecho no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa. Por ello, sólo podría reingresar en la vacante de su puesto (...) e incluso para aquélla tampoco podría reconocerse este derecho (...), pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad.”

La segunda, que es una consideración obiter, excluye taxativamente que los trabajadores de este tipo puedan participar en concursos para la provisión o promoción interna de puestos:

“pues ello sería contrario no sólo a la delimitación jurisprudencial de esta categoría, sino a los preceptos legales y constitucionales que regulan el acceso al empleo público sea laboral o funcionario”.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial.

a) Absorción y compensación de salarios. No resulta de aplicación entre conceptos no homogéneos como el salario base y las comisiones. b) Salario en especie. Uso de vivienda y vehículo con fines particulares. c) Reclamación de cantidad. Excepción de pago. Presunción *iuris tantum* de que las cantidades recibidas por el trabajador tienen naturaleza salarial.

d) Cómputo del plazo de prescripción de la reclamación salarial. Determinación del *dies a quo*. Reclamación de un anticipo a cuenta regularizable. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Dobles escalas salariales. C) Fondo de Garantía Salarial.

a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: conciliación previa a la demanda. b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: no procede. El reconocimiento privado de la deuda por el empresario no perjudica al FOGASA. c) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: cantidad global por los conceptos de indemnización por despido, salarios de tramitación y liquidación, pactada en conciliación judicial. d) Responsabilidad subsidiaria: procede. Indemnización por despido acordada en conciliación judicial: jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. e) Responsabilidad directa: no procede. Despidos objetivos que superan los límites numéricos y temporales que establece el artículo 51.1 ET. **2. Jornada de trabajo.**

A) Extraordinaria. a) Deber de información a los representantes de los trabajadores.

b) Retribución pactada en convenio colectivo en relación a valor hora ordinaria que no incluye la totalidad de conceptos salariales percibidos por el trabajador. B) Valor de hora extraordinaria fijada en convenio colectivo extraestatutario. No aplicable por ser trabajador no afiliado a sindicato firmante. **3. Clasificación profesional.** A) Clasificación profesional en TVE: categorías, niveles y “permanencias”. B) Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación. **4. Movilidad funcional.** A) *Ius variandi* empresarial: notas y límites.

B) Promoción interna y “discrecionalidad técnica” del tribunal calificador. C) Trabajadores fijos discontinuos y derecho al cambio de puesto de trabajo temporal por razones de salud laboral. **5. Movilidad geográfica.** A) Banco Bilbao Vizcaya. Traslados a Tres Cantos. Año 1985. Medio de transporte o compensación económica. En la actualidad el traslado a Tres Cantos no conlleva dicha compensación. No tiene naturaleza de traslado el desplazamiento en un radio de 25 Km. Convenio Colectivo de banca privada. B) Conflicto colectivo. No se produce traslado colectivo, 30 Km, flexibilidad de horario, subida salarial, desplazamiento colectivo, ejercicio del poder de dirección, organización y variación de la empresa, no sujeta a los requisitos del artículo 40 ET. C) Movilidad geográfica. Opción por extinción e indemnización. Pacto de permanencia ya vencido. Derecho a la indemnización legal establecida en el artículo 40.1 ET. **6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Movilidad geográfica. Traslado a nuevo centro de trabajo ubicado a 13,4 Km. Concepto de modificación sustancial. B) Modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo. Pago del salario mensual. Día. Falta de período de consultas y falta de preaviso. C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Disminución notable de las retribuciones. Cambio a puesto de trabajo inferior por decisión unilateral de la empresa. D) Jurisdicción laboral. Competencia. Determinada por el objeto del proceso. Impugnación de una pretendida modificación sustancial de condiciones de trabajo: Mayor causa de trabajo, mayor riesgo, realización por un solo empleado (antes dos). Decisión empresarial injustificada, no nula. E) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Cambio del sistema de control de horario. F) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No se estima. Aplicación del Convenio Colectivo en materia de jornadas y descanso, conforme a lo pactado en el contrato de trabajo. Estimación del recurso. **7. Excedencias.** A) Excedencia por matrimonio: reingreso. B) Excedencia voluntaria por incompatibilidad: no se aplica a trabajador indefinido no fijo. C) Excedencia voluntaria: no se aplica a trabajadores temporales. D) Excedencia forzosa: cálculo de indemnización por despido.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2006 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 585 a 1120).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Absorción y compensación de salarios. No resulta de aplicación entre conceptos no homogéneos como el salario base y las comisiones

En el supuesto analizado, la trabajadora prestaba servicios para una empresa de seguros, realizando funciones de tramitación administrativa: estimación y tarificación de riesgos, revisión de solicitudes, emisión de pólizas, etc. En contraprestación por tales servicios percibía un salario compuesto por una cantidad fija y una variable en concepto de comisiones. La trabajadora, disconforme con su retribución, demandó a la empresa pues consideraba que el salario base que percibía era inferior al previsto en el convenio colectivo de aplicación. La empresa alegó la institución de absorción y compensación de salarios por cuanto la retribución percibida por la trabajadora, apreciada en su conjunto y en cómputo anual, superaba la prevista en las tablas salariales del convenio.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia. Es ya una doctrina consolidada el que se exija, para que pueda operar este mecanismo de neutralización de subidas salariales, la concurrencia de los siguientes requisitos:

En primer lugar, la mejora salarial que pretende ser absorbida debe tener su origen en una fuente reguladora distinta. Ciertamente, “la institución de la compensación y absorción que en el precepto citado se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en una fuente distinta”. De esta manera, el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido, y por lo tanto no acrece, el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio o pacto regulador de sus condiciones de trabajo, y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario.

En segundo lugar, para que pueda operar la compensación y absorción salarial es necesario que a ello no se oponga la norma legal o convencional que resulte de aplicación.

Y, finalmente, hemos de tener en cuenta que la compensación y absorción salarial sólo puede producirse entre conceptos retributivos homogéneos.

En aplicación de lo expuesto, la **STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006**, I.L. J 803, consideró que no cabe apreciar la concurrencia del requisito de homogeneidad entre los conceptos salariales, absorbente y absorbido, que aquí se consideran.

Con respecto al concepto absorbente (las comisiones) debemos partir de que éstas constituyen una partida salarial compleja que tiene en cuenta “tanto un mayor esfuerzo o habilidad del trabajador como el resultado de ese esfuerzo que se traduce en la realización de una operación comercial por parte de la empresa”.

Por el contrario, el concepto salarial absorbido (el incremento salarial previsto en el convenio colectivo) se había producido sobre partidas salariales fijadas por unidad de tiempo: salario base, plus de antigüedad y pagas extraordinarias.

En consecuencia, al faltar la necesaria homogeneidad entre ambos conceptos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que no cabría aplicar la compensación y absorción salarial y condenó a la empresa a abonar a la trabajadora el salario base establecido en el convenio, con independencia de que estuviera percibiendo, en conjunto y en cómputo global, una retribución superior.

b) Salario en especie. Uso de vivienda y vehículo con fines particulares

En el supuesto analizado por la **STSJ de Murcia de 27 de febrero de 2006**, I.L. J 608, el trabajador venía prestando servicios para una empresa dedicada a la actividad de intermediación en la compra de viviendas (generalmente segunda residencia) y promoción de urbanizaciones. En mayo de 2005, el trabajador fue despedido y en el acto de conciliación, la empresa reconoció la improcedencia del despido y puso a disposición del empleado la indemnización correspondiente. No obstante, el acto se celebró sin avenencia por cuanto el trabajador consideró que su retribución era mayor y que, en el cálculo de la indemnización por despido, se debería haber incluido el salario en especie. Ciertamente, el trabajador disfrutaba de la utilización de un vehículo, propiedad de la empresa, y recibía alojamiento gratuito en una vivienda arrendada por el propio empleador.

El trabajador presentó demanda por despido que fue estimada por el Juzgado de lo Social. Contra dicha sentencia, la empresa interpuso recurso de suplicación, trayendo a colación los siguientes argumentos: El primero, que la utilización del vehículo de la empresa y la disponibilidad de la vivienda no puede considerarse salario en especie y el segundo, que, de tratarse de un salario en especie, éste no podría superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador.

De acuerdo a la tesis del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, este primer argumento no puede acogerse. La utilización del vehículo y de la vivienda quedan incluidos dentro

V. Dinámica de la Relación Laboral

del concepto de salario en especie. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal toma en consideración las siguientes circunstancias:

- Que las prestaciones resultaban apropiadas y útiles para el trabajador y para sus familiares.
- Que el vehículo, aun cuando constituía un instrumento de trabajo, podía ser utilizado con fines particulares por cuanto no existía limitación alguna respecto de su uso privado.
- Que al trabajador no se le descontaba cantidad alguna por dicho uso.

Determinada la naturaleza salarial de ambos conceptos, el Tribunal cuantifica el importe de ambas partidas salariales, tomando como referencia el coste mensual del vehículo y la renta mensual que se debía satisfacer por el arrendamiento.

En contestación al segundo argumento esgrimido por la empresa, el Tribunal Superior de Justicia considera que, aun siendo cierto que el salario en especie no puede superar el 30% de las percepciones del trabajador —en aplicación de lo establecido en el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores—, tal disposición “no puede perjudicar al trabajador si la fijación de los salarios en especie excede de ese límite sin el concurso del mismo y deriva de la simple valoración de dichos salarios, ajena al trabajador”.

c) Reclamación de cantidad. Excepción de pago. Presunción *iuris tantum* de que las cantidades recibidas por el trabajador tienen naturaleza salarial

En la STSJ de Cantabria de 15 de marzo de 2006, I.L. J 820, se analiza el siguiente caso. Se había presentado demanda por reclamación de cantidad por uno de los conductores-mecánico de la empresa. El actor reclamaba, concretamente, el abono de determinados conceptos salariales (productividad, asistencia y nocturnidad) que se habían devengado a lo largo de los cinco primeros meses del año 2005.

Ante la pretensión del actor, la empresa demandada no discutió ni el devengo de tales conceptos ni su cuantía; lo que sí hizo fue oponer la excepción de pago, argumentando que tales partidas salariales ya habían sido abonadas al trabajador, acreditando pagos emitidos en concepto de “suplemento salarial”. El actor reconoció el pago de dichas cantidades, pero alegó que obedecía a un motivo distinto, imputándolo a otras deudas que traían su causa en previos desembolsos realizados por el trabajador con ocasión de la prestación de sus servicios.

La sentencia de instancia había acogido la tesis del actor. La empresa recurre en suplicación y el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria estima el recurso en base a las siguientes argumentaciones:

La primera, que no puede desconocerse la *vis atractiva* del salario. Ciertamente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, se considerará salario la

totalidad de las percepciones económicas del trabajador en contraprestación a los servicios prestados. Dicho artículo incorpora una presunción *iuris tantum* de que todas las cantidades que percibe el trabajador son salario. El Tribunal considera que dicha presunción no ha sido destruida y que, en consecuencia, el pago realizado por la empresa en concepto de “suplemento salarial” ha de ser imputado, en primer lugar, a la liquidación de las deudas salariales pendientes de abono.

La segunda, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 1172 del Código Civil, es al deudor a quien incumbe imputar a una deuda determinada el pago que efectúa cuando tiene varias pendientes con un mismo acreedor “correspondiendo a la parte demandante si no estaba de acuerdo con tal imputación de pagos la carga de probar lo contrario”.

Por último, destaca el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que el interés por mora no resulta de aplicación. Al no haberse roto la presunción, se estima que los conceptos pendientes de abono revisten naturaleza extrasalarial y sobre tales importes no cabe aplicar un interés que se devenga, exclusivamente, en los supuestos de impuntualidad en el pago del salario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores.

d) Cómputo del plazo de prescripción de la reclamación salarial. Determinación del *dies a quo*. Reclamación de un anticipo a cuenta regularizable

En el supuesto enjuiciado por la STSJ de Castilla y León de 7 de abril de 2006, I.L. J 828, la trabajadora prestaba servicios como ordenanza para la Consejería de Educación de la Junta. En febrero del año 2003, se acordó el abono, por una sola vez, de un importe a cuenta de las cantidades que resultaran de aplicación como consecuencia del sistema de clasificación profesional. Se trataba de un concepto regularizable en función de cómo quedara configurado definitivamente dicho sistema.

Con posterioridad, en noviembre de 2004, entró en vigor el sistema de clasificación profesional y el correspondiente régimen retributivo.

A pesar de que el resto de trabajadores había percibido este anticipo en la nómina del mes de febrero de 2003, la trabajadora no lo cobró. Ello motivó el que, en septiembre de 2005, la trabajadora presentara reclamación previa reivindicando el abono de la paga de reclasificación profesional. La Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación desestimó tal reclamación por entender que había prescrito la acción.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sin embargo, dio la razón a la trabajadora. El plazo de prescripción de las acciones inicia su cómputo desde que la acción puede ejercitarse (artículo 59.2 ET). La fecha de devengo de la paga de reclasificación profesional fue en el mes de febrero de 2003. No obstante, el hecho de que en dicha fecha se produzca el pago no implica que haya de ser considerado como el momento en el que se inicia el cómputo del plazo de prescripción, pues no podemos perder de vista

V. Dinámica de la Relación Laboral

que es a finales de 2004 cuando entra en vigor el sistema de clasificación profesional y cuando se da carácter definitivo a una situación provisional.

Conforme a la tesis del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, el acuerdo de 2003 no reconocía ningún derecho retributivo, sino un anticipo a cuenta que debía ser regularizado con posterioridad. El derecho a este concepto salarial nace en el momento en el que el acuerdo consolida como definitivo el pago a cuenta, transformándolo de un mero anticipo de una deuda no nacida, ni determinada, a un derecho retributivo pleno.

En consecuencia, el derecho salarial nace en ese momento y será ésta la fecha en la que se inicie el cómputo del plazo de prescripción para accionar en reclamación de cantidad.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Dobles escalas salariales

FES-UGT presentó ante la Audiencia Nacional demanda de conflicto colectivo contra “La Caixa” alegando la ilegalidad por contraria al derecho fundamental del artículo 14 CE de la práctica empresarial consistente en perpetuar una segunda escala salarial según la fecha de ingreso, respecto del colectivo de empleados con categoría profesional de Oficial de 2ª, Oficial 2ª, 3 años y Oficial 2ª, 6 años, que habiendo sido contratados por La Caixa con posterioridad a 28 de febrero de 1995, han accedido (o accedan en el futuro) a la categoría de Oficial 2ª u Oficial 2ª, 3 años, por las vías de: examen de capacitación o nombramiento para el cargo de subdelegado de una oficina con categoría E o F.

La Sentencia de la Audiencia Nacional desestimó íntegramente la demanda y absolvió a la entidad demandada y se interpone frente a ésta recurso de casación con la pretensión de declarar el derecho de estos trabajadores integrados en el colectivo mencionado a disfrutar de la garantía mínima de salario derivada del artículo 6.2.2, en relación con el 6.2, de la citada Normativa Laboral.

La práctica empresarial se fundamenta en pacto de empresa. La Caixa se viene rigiendo por los sucesivos Convenios Colectivos de Cajas de Ahorros y no tiene convenio colectivo propio. Además de ello, en la citada entidad de ahorro existe desde hace años una extensa regulación interna establecida en virtud de sucesivos acuerdos entre la empresa y las representaciones sindicales, que se autodenomina “Normativa Laboral” de “La Caixa”. Esta Normativa Laboral fue aprobada, en su versión inicial, por el llamado “Pacto de Fusión”, que se produjo por aquellas fechas, de la Caja de Pensiones de Barcelona y la Caja de Barcelona, y que dio lugar a la creación de la entidad aquí demandada con extinción de la personalidad jurídica de aquéllas. Este pacto ha sido modificado por varios posteriores, siendo de destacar, en lo que aquí interesa, el pacto de 24 de febrero de 1995 concertado entre “La Caixa” y las centrales sindicales intervinientes en este proceso, que tuvo su causa en la conversión de contratación temporal en contratación fija.

En el “Pacto de Fusión” de diciembre de 1989, en su artículo 6.2 se estableció: “Cada empleado percibirá 12 mensualidades y 12 gratificaciones extraordinarias, todas ellas

consolidadas y no absorbibles. En ningún caso el sueldo base mensual de cada categoría podrá ser inferior al establecido para cada una de ellas en los sucesivos convenios”. Esta disposición constituye una garantía de percepciones mínimas para los empleados de la entidad demandada, pues les reconoce el derecho a cobrar, como mínimo, en cada año, 24 pagas o mensualidades (12 ordinarias y 12 extraordinarias) del salario que en cada momento fija el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro vigente. Este reconocimiento supone una mejora retributiva de cerca de un 30% en relación con las remuneraciones fijadas en dicho convenio colectivo, dado que mientras tal convenio establece un total de 18,5 pagas al año, el comentado pacto las aumenta hasta 24.

El pacto de 24 de febrero de 1995 mantuvo esta garantía pero con los matices o modificaciones que a continuación se expresan. El artículo 6.2 de la Normativa quedó redactado del siguiente modo: “Cada empleado de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona ‘La Caixa’ afectado por esta normativa laboral percibirá 12 mensualidades y 12 gratificaciones extraordinarias todas ellas consolidadas y no absorbibles”. A continuación el artículo 6.2.1 dispuso: “Los empleados vinculados con ‘La Caixa’ con contrato fijo al 28 de febrero de 1995 mantendrán como garantía personal que en ningún caso el sueldo base mensual de cada categoría podrá ser inferior al establecido para cada una de ellas en los sucesivos Convenios Colectivos del Sector de Cajas de Ahorro”; y el artículo 6.2.2 precisó que “el personal contratado a partir del 1 de marzo de 1995 tendrá garantizada una retribución anual (sueldo base + pagas extraordinarias y estatutarias) establecida en los sucesivos Convenios Colectivos del Sector de Cajas de Ahorro para su categoría de referencia más un 15%”.

Pero en realidad esta última regla que recoge el artículo 6.2.2 se aplica exclusivamente a los empleados de nuevo ingreso con categoría inferior a Oficial de 1ª, es decir, a quienes ostentan las categorías de Auxiliar C, Auxiliar B, Auxiliar A, Oficial 2ª, Oficial 2ª, 3 años y Oficial 2ª, 6 años. A los Oficiales de 1ª y a los empleados de categorías superiores a ésta, aunque sean de nuevo ingreso, se les aplica la garantía del artículo 6.2.1.

La Normativa Laboral de La Caixa regula los ascensos a las categorías de Oficial 1ª y Oficial 2ª mediante dos sistemas diferentes, aplicables a todos los trabajadores de la entidad cualquiera que sea la fecha de su ingreso. Estos sistemas son: a) examen o prueba de capacitación y b) el nombramiento para el cargo de Subdelegado de una oficina de las categorías E y F.

El sindicato demandante y los que se adhieron a la demanda, consideran que aquellos empleados que habiendo ingresado después del 28 de febrero de 2005, han conseguido acceder a la categoría de Oficial de 2ª mediante alguno de los sistemas de promoción que se acaban de mencionar, una vez que se ha producido este ascenso se les debe aplicar la garantía retributiva más elevada que prevé el artículo 6.2.1 de la Normativa. Sin embargo, la empresa no lo entiende así y les sigue aplicando la garantía más reducida que recoge el artículo 6.2.2. Los sindicatos referidos estiman que este modo de proceder de la entidad de crédito demandada conculca el artículo 14 de la Constitución y los

artículos 4.2. y 17 del ET, al atentar contra el principio de igualdad que estos preceptos proclaman.

La **STS de 8 de mayo de 2006**, I.L. J 707, señala que de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, los pactos y la Normativa Laboral, a lo sumo, pueden tener el valor de un convenio colectivo extraestatutario, lo que implica que carecen de la condición de normas y de vigor normativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al principio “salario igual por un trabajo de igual valor”, ha puntualizado que “no puede interpretarse como la imposición de una prohibición de establecer mejoras retributivas no generales para determinados trabajadores de la empresa a través de los contratos de trabajo, cuando la diferencia de trato resultante no tiene carácter discriminatorio en el sentido ya precisado”; lo que implica que tal principio tiene un significado antidiscriminatorio en sentido propio y estricto, de ahí que sólo deba entrar en juego cuando la diferencia retributiva tenga por causa alguna de las que dan lugar a la discriminación según el artículo 14 de la CE o los artículos 4.2.c) y 17 del ET, u otras norma análogas. Por este motivo, se desestima el recurso pues no se impugna una desigualdad retributiva establecida en un convenio colectivo estatutario. Es más, ni siquiera se combate aquí una disparidad salarial creada por un pacto colectivo no estatutario, dado que, como se ha dicho en varias ocasiones, en la demanda origen de este proceso no se ataca lo que disponen los artículos 6.2, 6.2.1 y 6.2.2 de la Normativa Laboral de “La Caixa”, reglas estas que dicha demanda respeta. Pero es que, a mayor abundamiento, lo que es objeto de la impugnación de autos es, estrictamente, lo que en el suplico de la demanda se denomina “práctica empresarial”, la cual, como también se ha explicado, en realidad consiste en una aplicación concreta y específica de las reglas de la Normativa Laboral antes citadas, reglas que sin embargo se respetan y dejan incólumes, así como tampoco se dirige ataque alguno contra otras aplicaciones de estas reglas, distintas de la aplicación concreta aquí impugnada. A lo que se añade que todos los empleados de “La Caixa” no sólo cobran las retribuciones, establecidas en el Convenio Colectivo estatutario aplicable (el del sector de Cajas de Ahorro, de ámbito nacional), sino que todos ellos reciben unas remuneraciones claramente superiores a ellas; lo cual pone de manifiesto que lo que en definitiva se establece en los artículos 6.2, 6.2.1 y 6.2.2 de la Normativa de “La Caixa” son unas mejoras salariales que superan las retribuciones establecidas en el Convenio Colectivo, y es sabido, como se desprende de la doctrina constitucional y jurisprudencial antes expuesta, que tales mejoras no están sujetas ni sometidas al principio de igualdad.

La **STSJ de Navarra de 23 de marzo de 2006**, I.L. J 680, resuelve un conflicto colectivo que afecta a 160 trabajadores interpuesto por la sección sindical del sindicato ESK en el centro de trabajo de la empresa “SKF Española” de Tudela sobre impugnación de convenio colectivo.

El 20 de mayo de 2003 los representantes de la Dirección de la empresa y el Comité de Empresa por mayoría de sus miembros aprobaron y suscribieron el Pacto Colectivo de Empresa para el centro de Tudela, con vigencia para los años 2003, 2004 y 2005. El mencionado pacto en su artículo 18 recoge en relación con el plus de antigüedad: “Para el personal fijo en plantilla desde el 31 de diciembre de 1988 se computará por cuatrienios, devengándose por cada uno de ellos el 8% del salario mínimo interprofesional, dividi-

do en 14 pagas. Se comenzará a cobrar a partir del hecho causante. Para el personal que pasa a fijo de plantilla con posterioridad al 31 de diciembre de 1988 se computará por cuatrienios, con un valor para el año 2003 de 331,02 euros divididos en 14 pagas. En los años 2004 y 2005, la cantidad antes señalada se revisará con los mismos porcentajes que la Retribución Mínima por nivel o categoría profesional”.

Se impugna en el presente procedimiento el pacto colectivo de “SKF Española, SA”, suscrito para los años 2003/2005, interesando se declare nula la diferencia retributiva del complemento de antigüedad respecto del personal ingresado con posterioridad al 31 de diciembre de 1988; e interesando igualmente hacer extensiva la percepción del complemento por igual a todo el personal vinculado a la empresa, con independencia de la fecha de ingreso en la misma. La Sentencia de instancia acoge la primera de las pretensiones formuladas, sin resolver la segunda.

La Sentencia reitera doctrina señalando que la denunciada fecha de ingreso en la empresa, que utiliza el pacto impugnado para establecer la desigualdad de trato, no constituye un factor de discriminación, dado que tal circunstancia no se encuentra enunciada en la enumeración del artículo 14 de la CE –nacimiento, sexo, raza, condiciones ideológicas y religión–, ni en las ampliaciones de los artículos 4.1.c) y 17.1 ET –estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías–; y tampoco puede subsumirse en el artículo 14 *in fine* de la CE –cualquier otra condición o circunstancia personal o social– porque a pesar de la aparente indeterminabilidad de este último inciso, el mismo ha de entenderse referido a condiciones que guarden analogía con las especificaciones singularizadas en el artículo 14 de la CE, y es claro que esta analogía no concurre en el presente caso, en el que se debate la retribución de la antigüedad. Rechazada toda idea de discriminación en la norma paccionada litigiosa, se hace, también, necesario constatar que el sistema normal de fijación del salario y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, que tutela el artículo 37 ET; y el problema se centra en determinar si concurre una justificación razonable y suficiente de la diferente remuneración de los trabajadores respecto del complemento de antigüedad por la sola fecha de ingreso.

Sobre este extremo concreto parece haberse mantenido criterios dispares en la jurisdicción del TS que finalmente se han unificado en la STS de 20 de abril de 2005 estableciéndose que “si bien es cierto que en el Convenio Colectivo se pueden establecer determinadas diferencias en función de las distintas actividades laborales y de las peculiaridades de cada una de éstas, sin embargo, cuando se trata de la retribución salarial por trabajos iguales es obvio que el principio general debe ser el de que ‘a igualdad de trabajo igualdad de retribución’, por lo que resulta carente de toda fundamentación razonable el establecer una diferencia retributiva en función de la fecha de contratación por cuanto esto rompe el principio del equilibrio entre retribución y trabajo”. Entonces, si “el único elemento de diferenciación se halla en la fecha de incorporación del trabajador a la empresa hay que entender que, pese a la desregulación producida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y a

las posibilidades conferidas respecto a la autonomía de las partes del contrato de trabajo, no cabe considerar como razonable la desigualdad entre unos y otros trabajadores simplemente por el hecho de haber ingresado en la empresa en una fecha distinta”. Añadiendo que si la norma paccionada en cuestión hubiera suprimido de futuro el complemento de antigüedad para todos los trabajadores del sector, reconociendo, únicamente, como derecho adquirido, el consolidado por los trabajadores hasta el 31 de mayo de 1995 (en nuestro caso hasta fines de 1988), nada habría que objetar, pero lo que no resulta aceptable es el que, en función simplemente de la fecha de ingreso en la empresa, se establezca una diferente modalidad de abono del complemento de antigüedad con muy gravosas consecuencias económicas para los trabajadores ingresados con posterioridad.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: conciliación previa a la demanda

En STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006, I.L. J 1071, se sigue el criterio mantenido en la STS de 22 de abril de 2002, I.L. J 991, en donde se analizó si el intento de conciliación ante el correspondiente órgano administrativo, que interrumpe el plazo de prescripción para reclamar contra la empresa, interrumpe o no la prescripción frente al FOGASA.

En la mencionada STS, se indica que, si bien la Sala ha señalado reiteradamente que la posición jurídica del FOGASA es la más parecida a la de un fiador con responsabilidad subsidiaria, esta proximidad conceptual no permite equiparar totalmente al Fondo con quien asume contractualmente el pago de una obligación en defecto del deudor principal, y que el FOGASA no puede ser identificado con el fiador definido en el artículo 1822 del Código Civil, por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador, sea similar a la del fiador en el mismo caso. A ello se añade que si bien la Sala ha señalado que “no cabe que actos interruptivos de la prescripción frente al deudor principal y directo empresarial produzcan idéntico efecto interruptivo frente a la obligación autónoma y sustitutoria en el pago asumida legalmente por el Fondo de Garantía Salarial”, esta solución jurisprudencial, que tiende a impedir la efectividad de posibles maniobras fraudulentas en perjuicio del FOGASA, está siempre referida a reconocimientos privados de deuda, y no a la interrupción de la prescripción de la deuda empresarial, en virtud de la conciliación previa a la demanda que inicia el juicio en el que se condena al empresario al pago de la deuda salarial, ni a la que impide se declare la caducidad en las causas por despido.

Con posterioridad, sobre el mismo tema y con cita de la anterior, STS de 25 de junio de 2002, I.L. J 1413: “la referida actividad preprocesal actúa en la suspensión de la prescripción para con todos los deudores, porque el intento de avenencia queda integrado en el procedimiento, por su naturaleza de requisito imprescindible para la viabilidad procesal de la acción”.

En consecuencia, tal como se señala en la Sentencia comentada, la papeleta de conciliación dirigida contra la empresa deudora, aunque no se dirija contra el FOGASA, es medio válido de interrupción de la prescripción; la interrupción de la prescripción frente a la empresa principal por la vía legalmente prevista (la conciliación previa y la demanda) perjudica al FOGASA, en cuanto institución aseguradora de la eventual insolvencia del deudor, aun cuando no haya sido parte en el proceso entre quienes son los auténticos titulares de la relación jurídica obligatoria.

b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: no procede. El reconocimiento privado de la deuda por el empresario no perjudica al FOGASA

En STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006, I.L. J 1072, se cuestiona de nuevo si el FOGASA puede verse perjudicado por la interrupción de la prescripción contra la empresa, consecuencia de actos privados en los que no intervino.

El TSJ de Castilla y León responde negativamente a esta cuestión señalando, en síntesis, que si bien el pacto privado interrumpe la prescripción de las acciones frente al deudor principal, ello no implica necesariamente que dicha interrupción afecte al FOGASA cuando su responsabilidad es la subsidiaria del artículo 33.1 y 33.2 ET teniendo en cuenta que en estos casos su situación jurídica es más parecida a la de un fiador, y que debe aplicarse, por lo tanto, el régimen jurídico previsto a tal efecto en el artículo 1975 CC y no el que dispone el artículo 1973 del mismo texto legal. En dicho precepto se establece que “la interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda, surte efecto también contra su fiador; pero no perjudicará a éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o reconocimientos privados del deudor”. Ello implica que la interrupción de la prescripción frente al FOGASA en su condición de fiador o responsable legal subsidiario se produce por la interrupción de la prescripción frente al empresario deudor que sea consecuencia de reclamaciones judiciales, pero no en caso de reconocimiento privado de deuda por la empresa, que no goza de la publicidad que tienen las reclamaciones judiciales.

Respecto al momento procesal en que dicho organismo de garantía puede y debe alegar las excepciones que procedan, se reitera lo establecido en SSTs de 22 de octubre de 2002, I.L. J 2451, y de 24 de noviembre de 2004, I.L. J 2431, en donde se concretan, además, los pronunciamientos que deben emitirse.

c) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: cantidad global por los conceptos de indemnización por despido, salarios de tramitación y liquidación, pactada en conciliación judicial

En el supuesto que resuelve la STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2006, I.L. J 622, se insiste en la necesidad de cumplir con los presupuestos legalmente exigidos por el artículo 33 ET para que pueda prosperar la reclamación ante el FOGASA. Concretamente se

desestima que el FOGASA responda del pago de una única cantidad fijada en el acta de conciliación judicial cuando se refiere a varios conceptos –indemnizaciones por despido, salarios de tramitación y liquidación–.

Para responder negativamente a dicha cuestión se aplica la doctrina jurisprudencial plasmada en SSTs de 17 de enero de 2000, I.L. J 28, y de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472, entre otras, en donde señaló el TS que cuando el título de que dispone el trabajador, concretamente el acta de conciliación judicial, no establece una deuda estrictamente salarial, sino que concreta una cantidad global por el concepto de “salarios de tramitación, saldo y finiquito” comprensiva de todo lo adeudado a raíz del despido, sin especificar lo que tiene naturaleza retributiva, ni justificar nada en tal sentido, no puede prosperar su pretensión por ausencia de los presupuestos legalmente exigidos para ello.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial indicada se señala “Que a efectos de las prestaciones del FOGASA, las cuantías debidas que atienden a distinta naturaleza (por ejemplo, indemnización y saldo y finiquito o salarios de tramitación y saldo y finiquito) y que, por tanto, precisan de títulos habilitantes diferentes (acta de conciliación administrativa, conciliación judicial o sentencia) deben estar formalmente desglosadas. Es decir, no se permiten las cuantías globales si se precisan títulos habilitantes distintos”.

d) Responsabilidad subsidiaria: procede. Indemnización por despido acordada en conciliación judicial: jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario

En STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2006, I.L. J 623, se confirma el pronunciamiento de instancia que declaró responsable al FOGASA de la indemnización acordada con la empresa en acto de conciliación judicial. El TSJ de Madrid sigue para ello la doctrina comunitaria plasmada en STJCE de 16 de diciembre de 2004, por la que se resuelve una cuestión prejudicial relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, en un supuesto en que la indemnización por despido había sido reconocida también en conciliación judicial.

El TSJ de Madrid, siguiendo la STJCE indicada, señala, en síntesis, que:

“(…) el diferente trato que depara la normativa española a dichos trabajadores, en la medida en que el FOGASA sólo se hace cargo de los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente si éstas han sido reconocidas en sentencia o resolución administrativa, sólo podría admitirse en el supuesto de que dicha diferencia de trato tuviese una justificación objetiva (y que) no se ha presentado ningún argumento convincente para justificar la diferencia de trato entre los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en sentencia o resolución administrativa y los relativos a indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en acto de conciliación (y que), habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que, cuando, según la normativa nacional de que se trate, los créditos

correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente, reconocidos en sentencia o resolución administrativa, estén comprendidos en el concepto de ‘retribución’, los créditos idénticos, establecidos en un acto de conciliación como el que es objeto del caso de autos, deben considerarse créditos de trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales y relativos a la retribución en el sentido de la Directiva 80/987. El juez nacional no debe aplicar una normativa interna que, vulnerando el principio de igualdad, excluye estos últimos créditos del concepto de ‘retribución’ en el sentido de dicha normativa”.

Siguiendo la indicada doctrina, y subrayando la indiscutida primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la jurisprudencia de los tribunales de los estados miembros en la interpretación o aplicación de las normas comunitarias, el TSJ de Madrid confirma el pronunciamiento de instancia, que declaró responsable al FOGASA de la indemnización acordada con la empresa en acto de conciliación judicial, otorgando un trato igualitario a tal efecto entre la indemnización por despido acordada en conciliación judicial y los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente reconocidos judicialmente.

e) Responsabilidad directa: no procede. Despidos objetivos que superan los límites numéricos y temporales que establece el artículo 51.1 ET

En SSTSJ de Castilla-La Mancha de 6 y de 20 de abril de 2006, I.L. J 835 y 1063, respectivamente, se aplica la doctrina mantenida en SSTS de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954; de 24 de abril de 2002, I.L. J1003; de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 1899, y de 16 de noviembre de 2004, I.L. J 2027, en donde señaló el TS que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del artículo 52.c) ET o por despido colectivo del artículo 51 ET a que se refiere el artículo 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma.

Por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogiendo al empresario a lo que dispone el artículo 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del artículo 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los artículos 52.c) y 51.1 ET. En este caso, si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado artículo 33.8 ET.

Las Sentencias comentadas se refieren, respectivamente, a los supuestos descritos en el apartado a) del artículo 51.1 ET, y en el último párrafo del mismo artículo 51.1 ET.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Extraordinaria

a) Deber de información a los representantes de los trabajadores

¿El deber de información a los representantes de los trabajadores recogido en la Disposición Adicional Tercera del RDLeg 1561/1995 vincula al empresario sólo cuando se devenguen horas extraordinarias por superar la jornada anual, o este deber de información debe realizarse sobre los excesos de jornada que se produzcan mensualmente, con independencia de su posible compensación posterior?

Ésta es la cuestión que analiza la STS de 25 de abril de 2005, I.L. J 671, y que posee especial trascendencia, si se vincula con la doctrina que invierte la carga de la prueba en los procesos sobre reclamación de horas extraordinarias cuando se incumple la obligación de documentación de las mismas.

Como es conocido, la Disposición Adicional Tercera del RDLeg 1/1995 reconoce el derecho de los representantes unitarios a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, existe una línea jurisprudencial cada vez más extendida, que entiende que no se devengan horas extraordinarias si no se supera la jornada máxima anual prevista legal o convencionalmente, y ello con independencia de que se produzcan excesos de jornada durante semanas o meses concretos. En este sentido, entre otras, STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2002, I.L. J 2340 y la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de julio de 2003, I.L. J 1160.

Esta última línea doctrinal ha llevado a determinados sectores empresariales a entender que no debe cumplirse la obligación de información a la representación unitaria prevista en los preceptos citados anteriormente, si no se produce un exceso de jornada anual, y como éste no puede comprobarse hasta final de año, no sería hasta el último mes del año en el que hubiera obligación de cumplir con este requisito formal, y condicionado a que efectivamente exista exceso de jornada.

Ésta es la postura que mantiene la parte empresarial en el conflicto colectivo que resuelve la Sentencia que comentamos.

Sin embargo esta tesis no es refrendada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Al margen del propio convenio colectivo en cuestión, la Sala entiende que los dos preceptos legales aplicables al caso (artículo 35 del ET y Disposición Adicional Tercera del RDLeg 1561/1995) contienen una obligación de información sobre la realización de horas extraordinarias de forma mensual, no en cómputo anual.

A esta conclusión no obstaría el hecho de que no se hubieran producido, finalmente, horas extraordinarias en sentido técnico al haber sido compensadas en los meses siguientes a la fecha de su realización.

Esta conclusión debe ponerse en relación con la línea doctrinal que concluye la inversión de la carga de la prueba en reclamación de horas extraordinarias cuando el empresario incumple su obligación de llevar registro diario de trabajo (artículo 35.5 del ET) y de otorgar al trabajador una copia del resumen anual de horas extraordinarias. En este sentido, puede verse la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de abril de 2001, I.L. J 1450 o la STSJ de Baleares de 21 de mayo de 2001, I.L. J 1272.

La cuestión a dilucidar consistiría en si el mismo criterio, que señala el TS respecto de la labor de documentación de jornada en relación a los representantes unitarios, es de aplicación respecto de los trabajadores.

De ser así y extrapolarse la misma, habríamos de concluir la obligación del empresario de documentar la jornada diaria y mensual, aun cuando finalmente, en el período fijado para el abono de las retribuciones (normalmente el mes) no se hayan producido horas extraordinarias.

La cuestión es trascendente, pues de no documentarse la jornada en los términos antedichos (respecto del trabajador y con independencia de que finalmente no existan horas extraordinarias a abonar), el empresario podría verse obligado a acreditar que las horas extras no se produjeron, viéndose alteradas las reglas de la carga de la prueba, a la luz de la línea doctrinal antes expuesta.

b) Retribución pactada en convenio colectivo en relación a valor hora ordinaria que no incluye la totalidad de conceptos salariales percibidos por el trabajador

A fecha actual, es doctrina ya pacífica de la Sala de lo Social del TS que el valor de la hora extra no es materia disponible para la negociación colectiva, la cual no puede fijar para la misma valor inferior al de la hora ordinaria. Pueden verse, en este sentido, las SSTs de 27 de noviembre de 2005, I.L. J 1801, de 6 de octubre de 2005, I.L. J 1828 y las que citan.

Ahora bien, la doctrina que exponemos a continuación acuñada por la SAN de 6 de febrero de 2006, I.L. J 1075, puede modificar profundamente el resultado práctico que conseguía la jurisprudencia de la Sala del TS antes expuesto, es decir, fijar un valor para la hora extra inferior al valor de la hora ordinaria.

La Sentencia que comentamos, admite que se fije a efectos de cómputo de hora extraordinaria, un valor de hora ordinaria, no real, excluyendo todos aquellos conceptos que no sean el salario base (también las horas extras).

V. Dinámica de la Relación Laboral

El fallo judicial convalida los artículos 42.1.a), 42.1.b) y 42.2 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad para los años 2005 a 2008, el cual dispone que el valor o precio de la hora ordinaria se fijará en atención al salario base mensual de cada categoría con expresa exclusión de las pagas extraordinarias, así como los complementos retributivos sean fijos o variables, salariales o extrasalariales.

La consecuencia práctica inmediata es que el valor de hora extra es inferior al valor de la hora ordinaria de cada trabajador, pues es evidente que la percepción anual del mismo (suma de conceptos salariales entre número de horas anuales trabajadas) será sustancialmente superior a la fijada en el convenio colectivo como valor de hora ordinaria.

Con ello, se vuelve al punto inicial: se permite abonar las horas extraordinarias por debajo del valor de la hora ordinaria real, con independencia del valor no nominal que refleje el convenio colectivo.

Los argumentos del Tribunal para llegar a esta conclusión son eminentemente dos:

1º. Argumento normativo conforme el cual, tras la derogación del Decreto de 17 de agosto de 1973 sobre Ordenación del Salario y su Orden de Desarrollo de 22 de noviembre del mismo año, no existe hoy en día normativa legal o reglamentaria alguna que obligue a calcular el valor o precio de la hora ordinaria de trabajo bajo determinadas y cogentes u obligatorias pautas de conducta, siendo la negociación colectiva la que ha de terminar por señalar, tanto la estructura salarial, cuanto los parámetros cuantitativos y conceptuales que la integran.

2º. Argumento teleológico o finalístico, por el que se concluye que la hora extraordinaria se rige por criterios restrictivos, de forma que es correcto que la negociación colectiva la fije en la cuantía mínima posible, a fin de desincentivar su uso y aceptación por los trabajadores.

De ambos argumentos, respetuosamente se discrepa.

Del primero, porque cuando existe una retribución pactada en negociación colectiva en forma de salario base y complementos salariales, es claro que el valor de la hora ordinaria no puede ser objeto de definición, sino de mero cálculo.

La totalidad de percepciones salariales percibidas por el trabajador dividida por el número de horas trabajadas nos arroja el valor de la hora ordinaria.

De esta manera no cabe entender el concepto de hora ordinaria con independencia de la retribución global que perciba el trabajador.

Así las cosas, existen normas legales suficientes que nos señalan qué tiene la consideración de salario a efectos retributivos. En este sentido, destaca como norma básica el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores que define como salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores en dinero o en especie, por la totalidad de

los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo o los períodos de descanso computables como trabajo.

Cuestión evidentemente distinta es que la norma colectiva fijara el salario de cada categoría en precio/hora, en cuyo caso, es claro que hay que estar al valor fijado.

De seguirse la tesis marcada por la Sentencia que comentamos, los trabajadores percibirán una retribución salarial anual por los conceptos fijados en convenio colectivo, que dividido entre el número de horas de su jornada anual, arrojará una cantidad distinta a la que como valor hora ordinaria fija el convenio colectivo, lo que parece una clara contradicción.

En otro orden de cosas, y respecto al segundo argumento (el finalístico) tampoco puede compartirse íntegramente. Si bien un valor escaso de hora extra puede suponer una desincentivación para el trabajador a la hora de realizarlas, tendrá el efecto contrario para las empresas, a las que resulta sustancialmente más económico ofrecer horas extraordinarias (precio de salario base) que contratar a otro trabajador para la misma jornada al que deberá compensar con salario base y la totalidad de complementos salariales (antigüedad, nocturnidad, festivos, etc.) previstos en la negociación colectiva. Y en esta línea argumental, el TS había concluido previamente en las Sentencias más arriba señaladas que el mayor valor de la hora extra suponía un desincentivo para el empresario para ofertarlas e incentivarle a crear empleo. En conclusión, parece más efectivo desincentivar al que puede ofertar (empresario), que desincentivar al que, frecuentemente y en una posición de fuerza notoriamente inferior, no podrá rechazar el exceso de jornada ofertada.

B) Valor de hora extraordinaria fijada en convenio colectivo extraestatutario. No aplicable por ser trabajador no afiliado a sindicato firmante

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de marzo de 2006, I.L. J 792, desestima la demanda de un trabajador de que le fueran retribuidas las horas extraordinarias realizadas en la cuantía prevista en el convenio colectivo de comercio en general de la provincia de Salamanca.

Desestima el Tribunal dicha pretensión por cuanto citado convenio tenía la naturaleza de extraestatutario (fue firmado sólo por uno de los dos sindicatos más representativos) y no acreditó el trabajador ni la adhesión previa a la demanda de conciliación, ni la cualidad de trabajador afiliado al sindicato firmante.

Hasta aquí nada destacable que justificara este comentario. Sin embargo, la Sentencia contiene *obiter dicta* un comentario, respecto al régimen jurídico del convenio colectivo extraestatutario que conviene resaltar.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Analiza esta Sentencia los efectos que respecto a las empresas del sector tiene un convenio colectivo extraestatutario por haber sido firmado por uno de los sindicatos más representativos.

Sin discutir su naturaleza extraestatutaria concluye, no obstante, la eficacia general para las empresas del sector de citado convenio extraestatutario, porque la patronal que lo suscribió sí poseía la mayoría suficiente para poder haber suscrito un acuerdo de eficacia general de haber estado correctamente compuesto el banco social. Y ello con independencia de que la empresa demandada no perteneciera a la patronal que suscribió el acuerdo.

Así afirma citada Sentencia que “el convenio colectivo es de aplicación a la empresa demandada con independencia de su adhesión al mismo, que es innecesaria, dado que la parte patronal de la mesa negociadora del convenio vinculó con su firma a todo el sector”.

Argumento este del que se discrepa respetuosamente. La eficacia general del convenio colectivo le viene dada por cumplir la totalidad de los requisitos marcados por el Título III del ET, y no porque una de las representaciones cumpla las mayorías previstas en la negociación colectiva.

De esta forma, y a efectos de eficacia general, lo mismo daría que ambas partes tuvieran legitimación suficiente, si no se cumplieran las formalidades previstas en el Título III del ET, como puede ser, por ejemplo, el registro y depósito del mismo.

En este sentido, el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores establece sólo, respecto de los convenios regulados en esta Ley, la capacidad de obligar a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante el tiempo de su vigencia.

En consecuencia, los convenios de naturaleza extraestatutaria, aun manteniendo su fuerza vinculante, tienen una eficacia limitada a las partes directamente representadas por los firmantes como reiteradamente ha sostenido la Sala de lo Social del TS en sus Sentencias de 22 de octubre de 1993, RJ 7856 o de 14 de diciembre de 1996, RJ 9462.

Llevado al caso que nos ocupa el Convenio extraestatutario general de Comercio de la provincia de Salamanca no resultaría de aplicación a la empresa demandada si no se encontrara asociada a la patronal firmante.

Repárese que, de lo contrario, un convenio extraestatutario por ausencia de legitimación de la patronal pero firmado por los dos sindicatos más representativos, resultaría sin embargo de eficacia general, toda vez que el banco social habría vinculado con su firma a la totalidad de trabajadores del sector, lo que, sin duda, no es posible a la luz de lo dispuesto en el artículo 82.3 del ET.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Clasificación profesional en TVE: categorías, niveles y “permanencias”

La STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006 (recurso 228/2006), I.L. J 802, aplica una vieja jurisprudencia del TS (SS de 1 de junio de 1996 y de 11 de abril y 11 de julio de 2005, entre otras) relativa al sistema de clasificación profesional en TVE, SA. Sistema que, en síntesis, divide las categorías profesionales en un nivel de ingreso (nivel tres) y un nivel de ascenso (nivel dos). El acceso del nivel de ingreso al de ascenso se produce automáticamente por el transcurso de seis años de permanencia en el primero. Alcanzado el nivel de ascenso se consolidan sucesivas “permanencias” en dicho nivel de manera igualmente automática por el transcurso de seis años. Si bien los fundamentos jurídicos de la sentencia, sentados los antecedentes de hecho, hablan de que para causar derecho a la progresión dentro de un mismo nivel es preciso “superar al menos cuatro evaluaciones periódicas anuales, en los últimos seis años”.

Más allá del caso concreto analizado en la Sentencia –se trataba de un ayudante de productor que venía realmente ejerciendo casi *ab initio* de su relación laboral, en concreto desde el año 1985, funciones de productor–, lo verdaderamente relevante de esta resolución judicial es la estimación del recurso y consiguiente denegación de las retribuciones propias del nivel de ascenso (de la categoría de productor) en virtud del tratamiento de esta progresión entre niveles no como una cuestión retributiva, sino como si de un ascenso se tratara y así, parafraseando la primera de las Sentencias del TS traídas a colación, afirma ser “indiscutible que tal cambio de nivel no es otra cosa que la subida de grado o escala dentro de los que componen la categoría, es decir, un ascenso, si se quiere de tono menor”.

B) Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación

La modalidad procesal especial de clasificación profesional no admite recurso de suplicación. Sin embargo, esta materia puede acceder a las Salas de nuestros Tribunales Superiores de Justicia en función del contenido de la pretensión, lo que determinará su calificación. Delimitar la pretensión y compararla con el objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional es, en consecuencia, determinante a los efectos de elección de la vía procesal a seguir y consiguiente posibilidad de recurso.

Así, transitarán a través de esta modalidad procesal de clasificación profesional las reclamaciones relativas al reconocimiento de una determinada categoría profesional o clasificación profesional en general del trabajador, pretensión que parte de la divergencia entre el encuadramiento profesional del trabajador y sus funciones (STS de 30 de diciembre de 1998). La normativa procesal y sustantiva –artículo 39.4 ET– permite acumular o no la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción principal frente a la primera que debe considerarse como subordinada (STS de 2 de diciembre de 1999).

Pero, siguiendo la estela marcada por la STS de 2 de diciembre de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002), I.L. J 2584, en la tarea de delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional, las SSTS de 6 de octubre de 2003 (recurso 6/2003), I.L. J 1481, y de 18 de marzo de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2256/2004), I.L. J 424, reafirman el criterio del Alto Tribunal al manifestar que la modalidad procesal de clasificación profesional “debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes ‘los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado’, pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos”, incluidos los del convenio colectivo.

Es decir, no se seguirá esta modalidad procesal cuando la resolución judicial no “depende o al menos no depende ‘exclusivamente’ de los cometidos laborales realizados por la actora, sino que ha de tener en cuenta otras consideraciones ‘de derecho’ y no ‘de hecho’”. Consideraciones que se reproducen en las SSTS (4ª) de 27 de enero de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1903/2003), I.L. J 185, de 9 y 28 de septiembre de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3802/2003 y 3631/2003), I.L. J 1195 y 1488, y de 25 de enero de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5515/2003), I.L. J 53, y en la STS de 3 de mayo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1648/2005), I.L. J 719, señalando como vía jurisdiccional adecuada la del proceso ordinario siendo en consecuencia la sentencia de instancia recurrible en suplicación. O viceversa, reconociendo la acción ejercida como de clasificación profesional y pronunciándose consecuentemente por la inexistencia de acceso al recurso, caso de la STS de 30 de mayo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2007/2005), I.L. J 917.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) *Ius variandi* empresarial: notas y límites

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de marzo de 2006 (recurso 320/2006), I.L. J 1047, conoce del recurso interpuesto contra Sentencia que, estimando vulneración del artículo 24.1 CE, en concreto de la denominada “garantía de indemnidad”, declara la nulidad radical de la orden empresarial de TVE, SA que cambia a un realizador de programa. Nulidad sentenciada por considerar que trae causa de la acción ejercida por el mismo reclamando el “complemento de programa específico” en relación con aquel primer programa en que prestó sus servicios como realizador, siendo así que la entidad de idéntico complemento en el nuevo programa cuya realización se le encomienda es menor. Ordena así mismo la sentencia de instancia el pago al actor de una cuantía en concepto de indemnización por daños morales. Sentencia que es revocada por considerar que dicho cambio se mueve dentro del *ius variandi* empresarial amparado en el artículo 39.1 ET, que no tiene carácter causal aunque sí unos límites genéricos que son respetados en el presente caso. Sostiene además la Sala que no existe derecho a la consolidación del complemento propio

del primer programa y que no se aprecia vulneración alguna de la garantía de indemnidad puesto que no se ha cumplido con la prueba de indicios correspondiente. Indicios de la existencia de una represalia empresarial que, considera la Sala, no se inferen de los hechos acreditados por cuanto el cambio de asignación de programa es algo ordinario y regular en el devenir de esta prestación laboral.

B) Promoción interna y “discrecionalidad técnica” del tribunal calificador

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de marzo de 2006 (recurso 1145/2005), I.L. J 686, confirma la validez de la resolución de un tribunal médico que declara no apto para ocupar una plaza por promoción interna en el parque móvil de la Administración General del Estado a un trabajador de dicha Administración. Estima la Sala que la exigencia de pruebas médicas es razonable por cuanto no obstante ostentar el actor el permiso B ordinario no se trata de la “conducción de vehículos de motor sin más, sino la de conducir vehículos del Parque Móvil, para el que por la naturaleza de dicha actividad se requieren unas características físicas especializadas”. Recuerda que este tribunal médico actúa siguiendo las bases de la convocatoria, ley del concurso vinculante para todos los participantes en el mismo, como claramente se advierte en la jurisprudencia. Jurisprudencia que igualmente consolida la doctrina relativa a la “discrecionalidad técnica” según la cual el criterio especializado en específicos saberes propio de los tribunales calificadores goza de una presunción de certeza o de razonabilidad, apoyada en su especialización e imparcialidad, que impide su sustitución en cuanto a sus conclusiones valorativas por los Tribunales de Justicia (STS de 10 de octubre de 2000, citada a título de ejemplo). Y concluye, por lo demás, observando el escrupuloso respeto del artículo 103 CE por cuanto la exigencia de pruebas médicas se proyecta sobre la totalidad de los aspirantes, aplicándose a todos ellos los mismos criterios y parámetros.

C) Trabajadores fijos discontinuos y derecho al cambio de puesto de trabajo temporal por razones de salud laboral

La STSJ de Castilla y León de 20 de abril de 2006 (recurso 1159/2005), I.L. J 831, estima que la modalidad contractual, en este caso fijo discontinuo, no puede condicionar el derecho al cambio de puesto de trabajo por motivos de salud. Imposibilidad predicable no ya cuando hablamos de la decisión unilateral de un tercero empresario sino incluso, como es el caso, cuando es el propio convenio colectivo aplicable el que cierra claramente toda posibilidad a dicho cambio de funciones. La *ratio decidendi* de la sentencia se sustenta, amén de considerar la protección constitucional del derecho a la salud, sobre el grado jerárquico superior de la normativa comunitaria y de nuestra LPRL sobre dicha previsión convencional, así como sobre el carácter de derecho necesario de las disposiciones de estas últimas prohibitivas de la exposición del trabajador a un puesto de especial riesgo.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Banco Bilbao Vizcaya. Traslados a Tres Cantos. Año 1985. Medio de transporte o compensación económica. En la actualidad el traslado a Tres Cantos no conlleva dicha compensación. No tiene naturaleza de traslado el desplazamiento en un radio de 25 Km. Convenio Colectivo de banca privada

Los demandantes pretenden ser compensados económicamente por el mayor tiempo invertido en el traslado sustitutorio del derecho al transporte. La STSJ de Madrid de 7 de febrero 2006, I.L. J 625, señala que, si bien en el año 1985 el traslado del personal desde Madrid a la localidad de Tres Cantos, constituía una modificación de las condiciones laborales que exigía la correspondiente autorización administrativa, lo cierto es que con la publicación del nuevo Convenio Colectivo (“Las Empresas podrán cubrir las vacantes existentes, realizando cambios de puesto de trabajo, que no tendrán la consideración de traslado ni movilidad geográfica, dentro de una misma plaza o de un radio de 25 km a contar desde el centro del municipio donde los trabajadores presten sus servicios a 30 de enero de 1996, o desde donde se trasladen voluntariamente, y los ingresados con posterioridad desde donde sean destinados”) el traslado de los actores no tiene la consideración de traslado ni de movilidad geográfica al ser la distancia entre Madrid (punto kilométrico cero) y Tres Cantos de 24 kilómetros, por lo que no estaría prevista la correspondiente autorización administrativa de la autoridad laboral, y por lo tanto “al tratarse de un traslado impropio que no se contempla en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores estaría facultado el empresario para adoptar ese cambio al integrar el *ius variandi* reconocido en los artículos 5.c) y 20.1 del Estatuto de los Trabajadores”, y la circunstancia de que a algunos trabajadores se les abonen esos conceptos como consecuencia de expediente de regulación de empleo acontecido en el año 1995, ello “constituiría una condición más beneficiosa que tiene su origen en la resolución administrativa en un determinado momento que la entidad demandada no está obligada a extenderla a otros trabajadores una vez las condiciones legales se han modificado por lo que siendo distintas las circunstancias entre unos y otros trabajadores tampoco puede apreciarse la existencia de discriminación”.

B) Conflicto Colectivo. No se produce traslado colectivo, 30 Km, flexibilidad de horario, subida salarial, desplazamiento colectivo, ejercicio del poder de dirección, organización y variación de la empresa, no sujeta a los requisitos del artículo 40 ET

La STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2006, I.L. J 800, conoce del conflicto colectivo afectante a 180 trabajadores que forman el Departamento de Servicios Generales de la empresa, la cual comunicó al Comité de Empresa, e individualmente a los trabajadores, que, a partir de ese día, los Servicios Generales, hasta entonces localizados en Villarejo de Salvanés, pasarían a estar ubicados en Rivas Vaciamadrid, municipios distantes a 31, 3 kilómetros entre sí. A los trabajadores a quienes el cambio de centro implica una mayor distancia desde sus domicilios se les incrementó el salario. Los horarios de trabajo del personal de Servicios Generales afectados por el conflicto son, en el centro de Rivas Vaciamadrid, idénticos a los que realizaban en el centro de Villarejo de Salvanés, reconociendo la empresa una flexibilidad a disposición de los trabajadores de 30 minutos en la entrada y salida. Entre ambas localidades citadas existen servicios de autobuses de

transporte público, así como desde distintos puntos de Madrid con paradas en diversos municipios. La cuestión, por ello, es si nos encontramos ante una movilidad funcional y ante una decisión organizativa que no necesita seguir el procedimiento de información, consulta y negociación previa con los representantes de los trabajadores, previsto en el artículo 40.2 ET, o, si por el contrario, estamos en presencia de un verdadero traslado colectivo que, como norma imperativa, exige el seguimiento del procedimiento reseñado. Como señala la citada sentencia recogiendo la doctrina del TS (7 de julio de 1987) en la distinción entre desplazamiento y traslado, “el desplazamiento se da cuando, por orden de la empresa, el trabajador tenga que ir durante cualquier período de tiempo a poblaciones, localidad o lugar distintos de aquel en que habitualmente presta sus servicios o donde radica la empresa, fábrica, taller o centro de trabajo, para ejecutar tareas o servicios propios de su categoría profesional y para los que fue contratado y de modo que el trabajador no pueda efectuar sus comidas principales ni pernoctar en su domicilio o residencia ordinaria diariamente, y el traslado tiene de común con el desplazamiento el ser por orden de la empresa y el cambio de localidad para continuar trabajando por cuenta de la misma, y se diferencia de aquél en que dicho cambio es permanente e implica el cambio de la residencia habitual del trabajador, de forma que la circunstancia de no efectuar las comidas principales ni pernoctar donde normalmente lo hacía antes es, por efectuarlo definitivamente, en el nuevo lugar a donde fue destinado, no confiriendo el derecho a dietas, por no ser el cambio temporal, provisional o transitorio, sino el derecho a indemnización por una sola vez y consistente, en términos generales, en el abono de los gastos de viaje, propios y de familiares, del transporte de muebles y enseres, y a facilitarle vivienda o abonarle la diferencia de alquiler que existiera entre el que abonaba y hubiera de pagar, derivándose de esa distinta naturaleza, que sean también diferentes los requisitos para su concesión (...) de conformidad con el artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores”. Vistos los elementos del conflicto no estamos ante un traslado, sino ante un desplazamiento, pues; “La distancia entre las localidades de Villarejo y Rivas, aun siendo apreciable, no es determinante si se pone en relación con los servicios públicos de autobuses que las unen, y por la excelente red de comunicación que conforma la A-3 (...)”, y continúa la citada sentencia, “Pero hay argumentos todavía más sólidos y consistentes, atendiendo a la realidad social con la que debe ser interpretada la norma, para acoger la tesis de la sentencia, y por ende de la empresa: a aquellos trabajadores que han visto alejarse su centro de trabajo desde sus puntos de residencia o domicilio, la empresa, sin obligación legal o convencional al respecto, les ha aumentado los salarios anuales en cuantía razonable –según es de ver en la documental aportada– sobre todo, atendiendo a lo que percibían mientras trabajaban en Villarejo; los trabajadores que han pasado a trabajar a Rivas disponen de una flexibilidad horaria de 30 minutos a la entrada y salida; los horarios de trabajo en esta última localidad no han variado con respecto a los que existían en Villarejo; fue el propio Comité de empresa el que se quejó ante la patronal de la falta de espacio en Villarejo de Salvanés; ninguno de los trabajadores afectados, a nivel individual, ha planteado por el cambio ninguna reclamación contra el mismo”, por consiguiente nos encontramos “en el marco del poder organizativo, directivo y de variación empresarial, y no ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija un período de consultas y demás requisitos a que se refiere el artículo 40.2 ET”.

C) Movilidad geográfica. Opción por extinción e indemnización. Pacto de permanencia ya vencido. Derecho a la indemnización legal establecida en el artículo 40.1 ET

La STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006, I.L. J 1118, examina el supuesto de un trabajador que es trasladado de Madrid a Linares y opta por la indemnización y resolución del contrato, no obstante tenía con fecha de 2003 un pacto de permanencia y por tal no se le abona la indemnización, ante ello la Sala rechaza el mantenimiento de éste pues está vinculado a una fecha anterior a la extinción y por ello, “En atención a lo libremente convenido y por haber permanecido el trabajador en la mercantil (...) hasta la fecha pactada de 30 de enero de 2004, el actor percibió de la aseguradora por rescate la cantidad bruta de 270.466,72 euros (...), quedando anulada toda documentación correspondiente al seguro de referencia, quedando, pues, éste sin valor ni efecto alguno, tal y como expresamente se recoge en el recibo de liquidación suscrito con fecha 12 de febrero de 2004”. Por tanto la Sala entiende que “el trabajador tenía derecho al percibo de la cantidad que por concepto de gratificación y por su permanencia en la empresa a fecha 30 de enero de 2004, se había libremente convenido entre las partes con fecha 20 de junio de 2003, y se había articulado a través de un contrato de seguro con una Compañía Aseguradora (Hecho Probado Séptimo), al igual que tiene derecho al percibo de la cantidad que legalmente le corresponde por la extinción de su contrato de trabajo con fecha 10 de enero de 2005, ex artículo 40.1 del RDL 1/1995, de 24 de marzo, por haber optado expresamente con fecha 19 de noviembre de 2004 (Hecho Probado Cuarto), por la extinción indemnizada de su contrato, cuando ya no estaba vigente por expiración de su plazo máximo, el acuerdo de fecha 20 de junio de 2003, suscrito entre las partes”.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Movilidad geográfica. Traslado a nuevo centro de trabajo ubicado a 13,4 Km. Concepto de modificación sustancial

La cuestión en conflicto es si el traslado –a partir del 7 de junio de 2004– de la actividad de pescadería de la empresa demandada “Centros Comerciales Carrefour”, desde el polígono “El Lomo” (Getafe) al centro de trabajo ubicado en la carretera de Villaverde km 3,500, constituye modificación sustancial de condiciones a la que aplicar el artículo 41 ET, o por el contrario integra mero poder de dirección empresarial regulado en los artículos 5.c) y 20.1 ET, sin embargo no ha comportado más variación para los afectados –31 trabajadores– que la relativa a la distancia entre ambos centros, que es de 13,4 km, pues existe autobús en las proximidades de la nueva ubicación laboral y la decisión empresarial fue previamente comunicada al Comité de Empresa.

La cuestión a estudiar por la STS de 26 de abril de 2006, I.L. J 700, es si la norma del artículo 41 contiene los supuestos de movilidad geográfica y señala que, “pese a esta enumeración abierta no puede pasarse por alto que en su listado especificatorio la norma para nada cita los supuestos de movilidad geográfica [a diferencia de la funcional que exceda de los límites del artículo 39, mencionada en el apartado f)], y que muy al

contrario el número 5 del precepto se cuida de normar que ‘En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley’, con lo que es evidente que la materia relativa a traslados –sea configurable o no como modificación sustancial– tiene un régimen jurídico diferenciado y de obligada aplicación. Y desde el momento en que la movilidad geográfica que disciplina aquel precepto –artículo 40– exige cambio de residencia [Sentencias de 14 de octubre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 2464/2003); 27 de diciembre de 1999 (recurso de casación para unificación de doctrina 2059/1999); 18 de septiembre de 1990 (rec. 134/1990); 5 de junio de 1990 (recurso por infracción de ley); 16 de marzo de 1989 (recurso por infracción de ley)], hasta el punto de que tal presupuesto se ha calificado de ‘elemento característico del supuesto de hecho del artículo 40.1 ET’ [Sentencia de 12 de febrero de 1990 (recurso por infracción de ley)] y de que la movilidad geográfica haya de considerarse ‘débil o no sustancial’ cuando no exige ‘el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET’ [Sentencias de 18 de marzo de 2003 (recurso de casación para unificación de doctrina 1708/2002)–; 16 de abril de 2003 (recurso de casación para unificación de doctrina 2257/2002); 27 de diciembre de 1999 (recurso de casación para unificación de doctrina 2059/1999)], con ello resulta obligado colegir que los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio [bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento] están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los artículos 5.1.c) y 20 ET, no estando sujetos a procedimiento o justificación algunos, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa [artículo 64.1.4.b) ET, para el supuesto de traslado –total o parcial– de las instalaciones]”. También dicha sentencia llega a la misma conclusión desde la perspectiva de la noción de modificación sustancial (la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador) pues “la diferente ubicación del nuevo centro de trabajo a 13,4 kilómetros, con parada de autobús cerca del nuevo centro, no comporta modificación de la prestación de trabajo que pueda calificarse de ‘sustancial’”.

B) Modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo. Pago del salario mensual. Día. Falta de período de consultas y falta de preaviso

La STSJ de La Rioja de 27 de marzo de 2006, I.L. J 773, conoce del conflicto colectivo por el que la empresa varía el día en el que efectúa el pago del salario mensual, de modo que las retribuciones correspondientes a un mes determinado no son abonadas hasta el día quince del mes siguiente, por lo que esto “conlleva una modificación en el sistema de confección de nóminas que afecta al sistema retributivo y repercute de manera directa en la forma de percepción del salario de todos los trabajadores de la empresa afectados”, ello supone tener encaje en el artículo 41.1.d) ET. Por tanto y recogiendo la Sentencia del TSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2001 (recurso 3371/2001), “habiéndose variado el sistema de confección de nóminas, cerrando la liquidación antes de final de mes y haciendo un cálculo estimativo de los pluses variables que hayan de corresponder al período mensual restante, para efectuar su liquidación en la definitiva en la siguiente nómina es claro que se trata de una modificación del sistema retributivo que afecta a todo trabajador

de la plantilla –formada por 731 empleados– que perciba primas variables. Y aunque el nuevo sistema pudiera merecer –no es cosa de determinarlo en este trámite– un juicio de valor favorable, por su posible razonabilidad o conveniencia, lo cierto es que tal variación implica –por afectar al sistema de remuneración y especificarlo así el artículo 41.1.d) ET– una modificación sustancial y colectiva de las condiciones de trabajo que ha de sujetarse a los cauces procedimentales que la propia norma establece, con la obligada consecuencia –artículo 138 LPL– de que la inobservancia de los trámites legales se traduce en que la decisión empresarial ha de ser calificada de nula”. En el presente supuesto la inexistencia de período de consultas y la ausencia de una notificación con la antelación legalmente prevista determina la confirmación de la sentencia de instancia que declaró la nulidad de la modificación sustancial.

C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Disminución notable de las retribuciones. Cambio a puesto de trabajo inferior por decisión unilateral de la empresa

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de marzo de 2006, I.L. J 799, conoce del conflicto planteado por trabajador al que se le minora de forma importante el sueldo (67.313,36 euros a 47.000 euros anuales), privándole de la vivienda así como asignándosele un destino en inferior responsabilidad. La Sala, en primer lugar examina la caducidad de la acción, como indirectamente la recurribilidad de la sentencia de instancia y señala que “La decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad”, por tanto en el presente supuesto no seguido por la empresa lo previsto en el artículo 41 la acción se adecua al procedimiento ordinario con lo que accede al recurso de suplicación y el plazo para impugnar la decisión empresarial es el de un año del artículo 59.1 ET. Respecto al fondo de la litis la Sala parte de que en el contrato de trabajo lo relevante es el tipo de servicios que ha de realizar el trabajador y sólo el empresario podrá cambiar unilateralmente las funciones pactadas “en determinados supuestos, que cabe agrupar en dos bloques: 1) por un lado (artículo 39.1 ET), lo que cabe considerar como modificación no relevante por tratarse de funciones que se asemejan bastante a las convenidas, delimitadas por la pertenencia al grupo profesional en el que se encuadran los servicios convenidos, y, de no estar definido el grupo, entre categorías profesionales equivalentes a aquella en que se insertan esos servicios, si bien que con el límite, en ambos casos, de que lo permitan las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercerlos (por ejemplo, no cabe imponer tareas de conducción de un camión de reparto a quien ha sido contratado como repartidor en moto, aunque ambas funciones encajen en el mismo grupo profesional); 2) de otra parte (artículo 39.2 ET), los casos en que le encomienda trabajos ajenos a los de su grupo profesional de manera pasajera, respecto a los cuales exige que concurran razones técnicas u organizativas que lo justifiquen y se mantengan sólo por el tiempo imprescindible para atenderlas, con derecho a la retribución propia de las mismas, salvo

que se tratasen de funciones de inferior nivel, respecto a las cuales se exige, además, que se deba a necesidades urgentes o imprevisibles de la actividad productiva (artículo 39.3 ET). Ahora bien, excepto en esos casos, el cambio de funciones sólo puede adoptarse por mutuo acuerdo entre las partes o, de no lograrse, acudiendo a los instrumentos previstos para lo que se consideran ya modificaciones sustanciales de las condiciones laborales (artículo 39.5 ET). Pues bien, en estos supuestos que implican cambios sustanciales respecto a lo convenido, el empresario no puede implantarlos unilateralmente, salvo que hayan sobrevenido causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que lo justifiquen (artículo 41.1 ET). Cuando lo haga al amparo de esas causas, ha de invocarlas expresamente, comunicando su decisión a los representantes de los trabajadores y a los directamente afectados con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad, que en determinados casos otorga a éstos derecho a extinguir su contrato de trabajo en forma indemnizada (artículo 41.3 ET)". Por consiguiente la Sala de lo Social entiende que se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor, al haberse disminuido de forma sustancial las retribuciones salariales pactadas en contrato, y, por otro lado, conforme al artículo 39.3 ET, se ha producido una movilidad funcional sin respetar la dignidad del trabajador, habiéndosele privado al mismo, no sólo de los ingresos referidos, sino también del uso de la vivienda que venía disfrutando.

D) Jurisdicción laboral. Competencia. Determinada por el objeto del proceso. Impugnación de una pretendida modificación sustancial de condiciones de trabajo: Mayor causa de trabajo, mayor riesgo, realización por un solo empleado (antes dos). Decisión empresarial injustificada, no nula

La STS de 14 de junio de 2006, I.L. J 969, analiza, en primer lugar, la competencia del orden social o contencioso-administrativo para conocer de la litis planteada a través del proceso de conflicto colectivo y señala que siendo "el objeto del proceso, y así se deduce con toda claridad del contenido de su escrito rector, se refiere a la modificación de las condiciones de trabajo y a la legalidad o no de la decisión tomada en tal sentido por la empleadora. Y como quiera que, según consta en el incombato ordinal segundo de la declaración de hechos probados, la decisión empresarial modificaba el sistema anterior, en el sentido de que determinadas actividades que antes hacían conjuntamente dos trabajadores, mediante 'el concurso y presencia física' de ambos, pasaban a ser realizadas por uno solo de ellos, parece claro que tales alteraciones, en principio, pueden afectar al sistema de trabajo y rendimiento a los que se refiere el artículo 41.1.e), repercutiendo muy probablemente en el sistema de retribución variable por producción que, al parecer, porque a él alude de forma expresa la fundamentación jurídica de instancia, rige en la empresa", es por ello que estas materias son competencia del orden social, ello al margen de que tal decisión empresarial puede suponer la obtención de un pronunciamiento expreso o tácito sobre el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, "pero ello, que no sería sino un efecto indirecto de la pretensión principalmente ejercitada, además de no constituir en ningún caso la impugnación de un acto administrativo de la autoridad laboral, cuya revisión sí incumbiría al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción [artículos 9.4 LOPJ y 3.1.c) LPL], en lo que aquí

interesa, también sería competencia del orden social si tenemos en cuenta las definiciones que establece el artículo 4 del Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a cuyo tenor (artículo 4.7) se entenderá como ‘condición de trabajo’ cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”. Por tanto, “(...) lo determinante, a los efectos de la atribución competencial, es que, como se decía, la demanda va esencialmente dirigida a combatir la pretendida modificación sustancial de condiciones de trabajo”.

Entrando al fondo de la litis la empresa recurrente refiere que nos encontramos ante una facultad del *ius variandi* de la empresa, como manifestación del poder de dirección, contenida en los artículos 1.1.5.a), c) y e) y 20.1 ET. Ello es rechazado por la sentencia al entender que “los afectados han pasado a desempeñar un sistema de trabajo distinto, con repercusión en el tiempo dedicado a la misma tarea, con una mayor carga de trabajo, una mayor dificultad y un mayor riesgo, ya que todo ello no es sino la lógica consecuencia de que un solo empleado deba efectuar gran parte de los cometidos que hasta entonces habían sido realizados por dos de ellos”, por ello estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo y de los hechos probados y en nada parecen razones organizativas o de producción. Por último a la calificación de la decisión (nula o injustificada), sólo para la primera está prevista en los supuestos de adoptarse en fraude de Ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo en el último párrafo del artículo 41.3, es decir, cuando se realicen sucesivamente las de carácter individual con el fin de eludir el procedimiento previsto para las de carácter colectivo. Y, “además, tal como dispone el artículo 158.3 de la LPL, la sentencia firme de conflicto colectivo produce el efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse y que versen sobre idéntico objeto; por ello, y no siendo parte en el procedimiento de conflicto colectivo los trabajadores individuales, no cabe que en dicho proceso se acuerden nulidades que afecten directamente a sus contratos, sin perjuicio de que estos trabajadores puedan utilizar la sentencia del conflicto para impugnar las modificaciones que les hayan perjudicado, si es que la empresa no accede a la regularización, máxime si el efecto perseguido en la presente litis se logra con la condena al empresario a que reponga a todos los afectados en sus anteriores condiciones de trabajo”, por ello se entiende la medida de modificación sustancial como injustificada y no nula.

E) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Cambio del sistema de control de horario

La cuestión a debate es si el cambio de un sistema de control de horario mediante la oportuna firma en un libro por un sistema electrónico de control de horario supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 1085, recogiendo la STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2004 como la STS de 7 de diciembre de 2004 (recurso 42/2004), señala que no supone variación relevante, pues recogiendo la doctrina de dicha sentencia, “En realidad, lo decidido por la parte demandada fue la implantación de un nuevo sistema de control horario mediante una aplicación informática que requiere el uso de tarjetas personales, que, realmente, es

lo que parece no haber asumido la parte actora, para lo que (...) estaba perfectamente legitimada en aplicación del poder de dirección y organización que le atribuye el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo apartado 3 previene que ‘El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso’, sin que, como es obvio, la instauración de tan repetido sistema de control incida en el núcleo esencial, ni accesorio, de los derechos a la dignidad e integridad personal de los trabajadores afectados. Nótese que con arreglo al artículo 34.5 del mismo texto estatutario: ‘El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo’, a cuyo control trata, precisamente y entre otras cosas, de subvenir el nuevo sistema aplicado”.

F) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No se estima. Aplicación del Convenio Colectivo en materia de jornadas y descanso, conforme a lo pactado en el contrato de trabajo. Estimación del recurso

El demandante médico en el Instituto Municipal de Deportes había suscrito contrato de trabajo en el que en sus cláusulas se disponía que en materia de jornada, horario, vacaciones, dietas y demás condiciones del trabajo, se estará a lo dispuesto en el convenio colectivo del Instituto Municipal de Deportes. Este pasó al Ayuntamiento de Madrid y fue destinado a la piscina y con motivo de la apertura de piscina de verano se acordó por el Ayuntamiento la incorporación de un correturnos con libranzas rotativas. Impugnado por el trabajador el Juzgado *a quo* entendió al existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid en **STSJ de 31 de marzo de 2006**, I.L. J 1115, revocó la misma en la que señaló “resulta que el horario propuesto en el contrato por la empresa demandada y aceptado expresa y voluntariamente por el trabajador era el previsto en el artículo 29 del Convenio Colectivo del Instituto Municipal de Deportes, el cual ya advierte de los posibles turnos rotatorios por la naturaleza del servicio a prestar, y, por consiguiente, que el descanso no coincida necesariamente con los sábados, domingos y festivos, como hasta la comunicación de 19 de mayo de 2005 venía disfrutando el actor, por lo que no se trata de una modificación colectiva de lo pactado en el Convenio que deba ajustarse a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino de la mera aplicación de lo pactado por las partes en el Convenio Colectivo, cuya legalidad no se cuestiona, en el que se concede a la empresa en los casos en tal precepto detallados la posibilidad unilateral de establecer determinados horarios”.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia por matrimonio: reingreso

La STS de 10 de noviembre de 2005, I.L. J 747, analiza nuevamente el problema del alcance del artículo 38 del convenio colectivo de la empresa “Altadis, SA”, sobre las expectativas de reingreso de antiguas trabajadoras de “Tabacalera”.

Según la doctrina consolidada del Tribunal Supremo: “Con la entrada en vigor de la Constitución, todas las trabajadoras que habían tenido que pedir la excedencia en razón del matrimonio, con anterioridad a su promulgación, tuvieron derecho al reingreso de manera inmediata. El plazo de prescripción de estas acciones era de tres años. Pero la empresa demandada reconoció el derecho al reingreso en el Convenio Colectivo para los años 1992-1993, en cuyo artículo 55 se disponía que el personal femenino procedente de excedencia por matrimonio o que hubiera rescindido el contrato por dicha causa, en base a la legislación vigente con anterioridad a la Constitución, podría reintegrarse al servicio de la compañía siempre que acredite idoneidad para su función y su edad no exceda de 45 años, cuando se produzca el fallecimiento o incapacidad absoluta para el trabajo del marido”.

Este precepto rehabilitaba la posibilidad de solicitar el reingreso en las condiciones y supuestos estipulados en el Convenio Colectivo, estableciendo *ex novo* el derecho al reingreso.

Pero, en 1999, como consecuencia de la segregación de Tabacalera, SA y la Compañía “Distribuidora Integral L., SA”, se convino un Convenio Colectivo al que las partes denominaron Acuerdo Marco, y que reunía las características legales necesarias para ser calificado como Convenio Colectivo del Título III del Estatuto de los Trabajadores. Pues bien, en el artículo 38 de ese Convenio se establecía que con la entrada en vigor del mismo “se declara expresamente derogado y sin ningún efecto el artículo 55 de la normativa laboral que figura en el Anexo núm. 1 del Convenio Colectivo de Tabacalera, SA, vigente para los años 1992-1993”.

Es decir, dando por supuesto el mantenimiento del derecho de la actora a su reingreso, como consecuencia de lo pactado en el convenio de 1992-1993, el problema del presente litigio se limita a decidir acerca de la eficacia derogatoria del Acuerdo Marco, más arriba referido. La sentencia recurrida rechaza la eficacia de dicho Acuerdo respecto al derecho de la actora por entender que ésta tenía un derecho adquirido que no podía ser eliminado en el Convenio Colectivo. Tesis que esta Sala no puede compartir. En primer lugar, la demandante, en la fecha de publicación del Acuerdo Marco, no tenía derecho adquirido, tenía una expectativa de derecho que se consolidaría como tal derecho cuando hubiera cumplido los requisitos establecidos en el convenio.

Pero el artículo 55 de ese Convenio Colectivo no llegó a tener eficacia para ella, por haber sido derogado con anterioridad a la fecha de solicitud del reingreso. Y esta derogación era válida. Como señalábamos en nuestra Sentencia de 16 de diciembre de 1994

(recurso 1391/1994) “el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución quedó sustancialmente modificado en el nuevo modelo que se instauró, entre otras normas, por el artículo 37 de la misma, y caben, en consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que se pueda sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa. La fuerza derogatoria que tiene un convenio respecto del precedente lo recoge expresamente también el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la Ley 11/1994”.

B) Excedencia voluntaria por incompatibilidad: no se aplica a trabajador indefinido no fijo

Las SSTs de 29 de noviembre de 2005 y 3 de mayo de 2006, I.L. J 753 y 869, respectivamente, analizan la cuestión consistente en determinar si un trabajador que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo y que se encuentra legalmente en situación de incompatibilidad, como consecuencia de su nombramiento como funcionario interino, tiene derecho a obtener la excedencia voluntaria.

El problema se plantea porque en el convenio se exige para conceder la excedencia voluntaria que el solicitante sea un trabajador fijo con antigüedad de un año y el trabajador, aunque cumplía el año de servicio, era “indefinido no fijo”.

La cuestión específica que suscita el presente caso se produce porque, en el supuesto analizado, no estamos ni ante una excedencia voluntaria clásica, ni ante un vínculo contractual temporal. La excedencia por incompatibilidad es una excedencia voluntaria que ni requiere antigüedad mínima para acceder a ella, ni tiene la duración prevista en el “artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores”, pues durará lo que dure la situación de incompatibilidad.

En cuanto a la figura del trabajador indefinido no fijo, la misma surgió en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, al hilo de la reflexión sobre los efectos de la contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas y como forma de conciliar las consecuencias de esas irregularidades y la aplicación de las garantías de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público, que se verían afectadas si la existencia de irregularidades en la contratación se convirtiera en una forma de acceder a ese tipo de empleo sin cumplir las exigencias legales establecidas para su provisión.

La naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria especial que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984. En primer lugar, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente “un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría” y este derecho, que puede otorgarse al trabajador, no puede

concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa. Por ello, sólo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras, e incluso para aquélla tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios en orden a asegurar que la cobertura deba producirse respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida.

C) Excedencia voluntaria: no se aplica a trabajadores temporales

La STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2006, I.L. J 786, establece que “Dado que la concesión de la excedencia voluntaria supone el derecho del trabajador, incondicionado e ilimitado en el tiempo, de reingresar para ocupar vacante de igual o similar categoría, aquélla únicamente podrá reconocerse a aquellos trabajadores que sean fijos de plantilla”, añadiendo que los titulares de un contrato temporal no pueden por la concesión de una excedencia disfrutar el derecho a reintegrarse a un puesto de trabajo cuando el contrato se ha extinguido. Esta tesis, según el Tribunal, no choca con la igualdad de trato proclamada en el artículo 15.6 ET pues tal equiparación, “lo es sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato.”

D) Excedencia forzosa: cálculo de indemnización por despido

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de marzo de 2006, I.L. J 1046, analiza la cuestión de si el período de suspensión de contrato por excedencia forzosa, del artículo 45 ET, ha de computarse a efectos del cálculo de la indemnización por despido.

La referida sentencia, partiendo del tenor literal del artículo 46.1 ET, declara que el reconocimiento de la antigüedad no afecta al tiempo de servicios o de la gratificación por años de servicios, concluyendo que “mientras los servicios prestados en la empresa representan el tiempo durante el que se han realizado para la determinada entidad que viene obligada al pago de la indemnización a que se refiere el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, o , en su caso, los artículos 51.10 o 53.1.b) de la misma Ley, aquélla, la antigüedad, hace referencia al tiempo transcurrido en una determinada profesión (...)”

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN (COORDINADOR)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. A) Causas de extinción contractual. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) La indemnización: cuantía y cálculo. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5 a 8 del año 2006.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración —con mayor o menor profusión o intensidad— en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el “Mutuo acuerdo de las partes” [artículo 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado “Finiquito”, es analizada en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de febrero de 2006** (recurso 1131/2005), I.L. J 761, que le otorga valor liberatorio al enjuiciar el supuesto de la válida extinción contractual.

La Sala argumenta en su FJ 2º:

“La negación de la eficacia liberatoria del finiquito se ha producido en otros supuestos por completo distintos del presente, tales como: finiquitos tras contratos temporales fraudulentos, o firmados entre contrato y contrato que se suceden en una cadena, o suscritos a la finalización de períodos de trabajo fijo discontinuo (en acciones de despido) y también en casos en que claramente no se ha incluido un concepto determinado o se producen diferencias salariales por convenio posterior con efectos retroactivos (en acciones de reclamación de cantidad). Por lo que se refiere a los finiquitos firmados a la conclusión de un contrato por no superación del período de prueba, se ha declarado su ineficacia cuando tal período era inexistente, por haber sido rebasada su duración o por no haberse pactado por escrito, así en la Sentencia del TS de 19 de junio de 1990 y en el supuesto contemplado en la Sentencia del TS de 5 de octubre de 2001. Pero ya se ha dicho que el caso analizado era diferente por las razones expuestas, por lo que se ha de dar plena validez al finiquito.”

A la extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación, en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario [artículo 49.1.g) ET] se refieren las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de marzo de 2006** (recurso 106/2006), I.L. J 688, y de **30 de marzo de 2006** (recurso 1304/2006), I.L. J 812. Ambas confirman las sentencias de instancia que desestiman la demanda de despido, en el supuesto de dos trabajadores, en la que queda “acreditada la relación laboral con el empresario manteniéndose hasta la jubilación de éste”. Los fallos rechazan la existencia de despido por jubilación de la titular del negocio, y se pronuncian a favor de la extinción de la relación laboral.

Para las Salas :

“es claro que de conformidad con la ya consolidada doctrina sustentada por el Tribunal Supremo entre otras coincidentes Sentencias de 28 de junio de 1984, 16 de junio de 1988, 18 de diciembre de 1980 y 13 de marzo de 1992, un cambio en la titularidad de la empresa, a tenor de lo determinado por el artículo 44 del mismo ET, a la demandante, en calidad de trabajadora, le correspondieran otros ni más derechos que los de quedar subrogado el nuevo empresario en los mismos derechos y obligaciones del anterior. Y si –igualmente constatado como probado– el posterior 30 de junio de 2002 la referida y única titular del

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

negocio decide jubilarse causando baja en el régimen especial de trabajadores autónomos y cerrando el establecimiento en el que desarrollaba su actividad de empresaria –sin que se haya discutido ni siquiera puesto en duda que la misma no reuniera las exigencias legales establecidas para adoptar tal decisión de jubilación– poniendo tal hecho en conocimiento de la trabajadora demandante, es claro que sea cual fuere el tamiz a que tales hechos y procedimientos se sometan sólo como determinantes de extinción de la relación laboral conforme a lo prevenido en el apartado g) del núm.1 del artículo 49 ET, y tan constante como reiterada doctrina sobre el mismo contenida entre otras coincidentes Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, 9 de abril de 1996, y 25 de abril y 20 de junio de 2000, puede jurídicamente valorarse al estimarlo y decidirlo”.

Por el contrario, la **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006** (recurso 82/2006), I.L. J 617, rechaza la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ante el retraso en el pago de salarios, que no tiene carácter grave, siendo abonados con anterioridad al acto de juicio.

La Sala funda el fallo en los siguientes términos:

“El artículo 50.1.b) del ET recoge la falta de pago de salarios o retrasos en el pago de los mismos como una de las causas de extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador. Ahora bien, requiere que tanto unos como otros sean continuados, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que ha de concurrir gravedad para que la falta o el pago retrasado se inscriban en el citado precepto legal.”

De otro lado, diversas resoluciones judiciales razonan cómo para que la “modificación sustancial de las condiciones de trabajo” opere como causa de extinción del contrato es necesario que la misma cause perjuicios al trabajador, y no existe presunción *iuris tantum* sobre ellos cuando no han sido probados. Así las **SSTSJ de Madrid de 28 de febrero de 2006** (recurso 227/2006), I.L. J 619, y **de Castilla y León (Valladolid) de 25 de abril de 2006** (recurso 523/2006), I.L. J 847, estiman la existencia de perjuicios para los trabajadores a causa del repetido cambio de las condiciones de trabajo, permitiendo con ello la actuación del mecanismo resolutorio contractual que le concede la norma estatutaria. Fallan las Salas:

“Es evidente, conforme a una interpretación literal del párrafo 3 del señalado artículo 41 del texto estatutario, que la facultad de rescisión contractual por la modificación de las concretas condiciones esenciales de trabajo a que, el mismo se refiere, se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el trabajador, por lo que si no se dan por concurrentes, aquéllos, no puede tener viabilidad dicha rescisión contractual. No es dable establecer, en tal sentido, una presunción *iuris tantum* de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe admitirse por el Tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio. La impugnante alega una serie de perjuicios, pero ninguno de ellos resulta probado (afectación de la vida familiar, existencia de un hijo de corta edad cuya atención resulta mermada, etc.). En definitiva, siendo la modificación sustancial no se

ha acreditado el perjuicio producido por lo que el recurso no puede prosperar al no haber incurrido la sentencia dictada en ninguna de las infracciones denunciadas”.

Relativa a la extinción del contrato de trabajo “por voluntad del trabajador” (artículo 50 ET), la **STS de 17 de mayo de 2006**, Sala Cuarta (recurso de casación para unificación de doctrina 4372/2004), I.L. J 859, niega la existencia de dimisión de un trabajador, y por tanto esta última en un supuesto en que el empleado es objeto de acoso laboral, ante la violación del derecho fundamental a la dignidad de la persona.

La Sala argumenta en su FJ 3º:

“Como ya queda dicho se formula un segundo motivo de impugnación, al amparo del apartado e) del artículo 205 en relación con el artículo 222 del Texto Procesal Laboral y para el que se alega como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de febrero de 2003. Examinadas ambas sentencias, la recurrida y la que se propone como término de contradicción, se advierte que entre las mismas se dan las identidades de hechos, de pretensiones y de fundamentación jurídica de estas últimas, que exige el artículo 217 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, para estimar concurrente el requisito básico de la contradicción judicial. Y es que, como sin dificultad se infiere de la lectura de ambas resoluciones judiciales, en ellas se ejercita una misma acción resolutoria del contrato laboral en base a una situación de acoso laboral a que se halla sometido el trabajador y postulándose en ambas acciones, junto a la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de trabajo, la derivada de los daños materiales y morales sufridos por el trabajador acosado, en tanto la sentencia hoy recurrida reconoce la compatibilidad de ambas indemnizaciones y la posibilidad de su reclamación conjunta en la misma demanda, sin embargo, la sentencia referencial niega tal posibilidad y establece que la única indemnización admisible es la preestablecida con carácter legal para los casos de extinción contractual en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores. Siendo así que el escrito de interposición del recurso se ajusta, suficientemente, a las exigencias de forma previstas en el ya repetido artículo 222 del Texto Procesal Laboral, procede entrar en el examen de este segundo motivo de impugnación propuesto.”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Al incumplimiento contractual consistente en la “desobediencia a una orden de la empresa”, como causa de despido disciplinario [artículo 54.2.a) ET] se refiere la **STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006** (recurso 576/2006), I.L. J 804. La Sala declara la improcedencia del despido disciplinario efectuado.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en su FJ 2º, expone que el trabajador está en la obligación de cumplir la orden y después formular la reclamación procedente:

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados.”

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la “Transgresión de la buena fe contractual” [artículo 54.2.d) ET], se refieren expresamente la **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2006** (recurso 942/2006), I.L. J 770, y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006** (recurso 613/2006), I.L. J 1062, que confirman la improcedencia del despido de dos trabajadores. Las Salas, respecto a la transgresión de la buena fe contractual reafirman su improcedencia dada la falta de intención defraudatoria de los trabajadores afectados:

Falla la Sala:

“en aquellas cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquéllas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el artículo 54 del ET ha precisado que es necesario que quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad (...) la jurisprudencia requiere –como hemos visto– para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado

de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa”.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la **STS de 21 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 5470/2004), I.L. J 755, y en la **STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006** (recurso 2885/2006), I.L. J 1103. Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores demandantes fundado en causas económicas, las Salas declaran la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por tales causas, como consecuencia de la disminución importante de la facturación, el descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, la Sala Cuarta del TS, en su FJ 2º, razona:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo(...). De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto (...) la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues (...) la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...). Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante”.

Asimismo, las **SSTS (Sala Cuarta) de 31 de mayo de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 49/2005), I.L. J 882, y **de 10 de mayo de 2006** (recurso de casación para unificación de doctrina 725/2005), I.L. J 887, ante dos supuestos de extinción del contrato por causas objetivas, debido a la amortización de puesto de trabajo, delimitan

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

el alcance de las expresiones “dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa” en supuestos de subcontratación o externalización del transporte y reparto de mercancías.

Fallan las Salas en sus respectivos FFJJ:

“Referido a empresas u organizaciones, el término genérico ‘dificultades’, que el artículo 52.c) del ET utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por las ‘causas técnicas, organizativas o de producción’ justificativas del despido, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad. En el momento del despido tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia han de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos. Caracteriza, por tanto, al supuesto de hecho del artículo 52.c) del ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión (STS de 17 de mayo de 2005, recurso 2363/2004), pero no el despido objetivo por causas empresariales. La indicada exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia se mantiene, como ha declarado esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS de 30 de septiembre de 1998, recurso 7586 y STS de 21 de julio de 2003, recurso 4454/2002), en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por subcontratación o exteriorización de actividades productivas o comerciales. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en la redacción de la Ley 11/1994 (vigente cuando se dictó la STS de 30 de septiembre de 1998, citada), a partir de la modificación del artículo 52.c) del ET establecida en la Ley 63/1997, las ‘dificultades’ que justifican la modalidad de despido descrita en el mismo no necesitan ser de tal entidad que pongan en peligro la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma. Basta, como se dice literalmente en la redacción actual del precepto, con que ‘impidan’ su ‘buen funcionamiento’, refiriendo éste bien a las ‘exigencias de la demanda’, bien a la ‘posición competitiva en el mercado’. La primera expresión alude a lo que la propia ley llama ‘causas productivas’, que surgen ‘en la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado’, mientras que la segunda apunta indistintamente a las ‘causas técnicas’, relativas a los ‘medios o instrumentos de producción’ y a las ‘causas organizativas’, que surgen ‘en la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal’ (STS de 14 de junio de 1996, recurso 3099). Cómo se han de manifestar o concretar estas dificultades o problemas de gestión en la vida de las empresas es cuestión que depende de factores diversos. Entre ellos hay que contar, desde luego, el sector y el tipo de actividad al que se dedican y la esfera o ámbito de afectación sobre el que inciden. En todo caso, como ha dicho la sentencia recién citada, la ‘concreción’ de las dificultades o problemas de gestión empresarial contemplados en el artículo 52.c) del ET se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado en los productos o servicios, etcétera”.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 14 de febrero de 2006 (recurso 1127/2005), I.L. J 763, y la STS de 21 de junio de 2006, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1087/2005), I.L. J 990, desestiman la excepción de caducidad de la acción de despido, al apreciarse la aplicabilidad del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las demandas de despido, y la validez de la presentación del escrito al día siguiente hábil al del vencimiento del plazo, alegando que los sábados, entre el despido y la presentación de la demanda, son días inhábiles.

“Por ello, nuestra doctrina anterior ha tenido que ser modalizada por esta Sala para adecuarla a la nueva regulación de la LEC, que es de aplicación supletoria en el Orden Social, por mandato de la Disposición Adicional Primera.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Muestra de ello, son los Autos, resolutorios de recursos de queja, de 18 de julio de 2001 (recurso 1080/2001), 20 de julio de 2001 (recurso 1079/2001), y dos de 27 de septiembre de 2001 (recurso 1078/2001 y 1100/2001, respectivamente). En el Auto de 27 de septiembre de 2001 (recurso 1100/2001), se afirma, en síntesis, que, en tanto se mantenga la vigencia del artículo 45.1 LPL, debe entenderse, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera.1 LPL y el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la regulación de la materia en cuestión que realiza la primera de dichas leyes se complementa con la de la segunda. Por tanto, si la parte se acoge al sistema del artículo 45.1 LPL y pretende presentar válidamente un escrito el último día de plazo en horas en que no esté abierto el registro del Juzgado o de la Sala de lo Social, podrá acudir al Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia y luego ponerlo en conocimiento del Juzgado o Sala de lo Social al día siguiente hábil. Pero puede utilizar también, alternativamente, el nuevo sistema introducido por el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y presentar directamente ante el Juzgado o la Sala de lo Social, hasta las 15 horas del que podríamos llamar ‘día después’, es decir, el siguiente hábil al del vencimiento del plazo, su escrito; en cuyo caso, como es lógico, no precisa cumplir con la previsión del artículo 45.1 LPL.”

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La STSJ de Extremadura de 11 de abril de 2006 (recurso 93/2006), I.L. J 838, al declarar la procedencia del despido efectuado a un trabajador que prestaba servicios durante el período de incapacidad temporal, por transgredir la buen fe contractual, lo analiza en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador, y concluye que no es acorde con la libertad y dignidad de la persona ni con el respeto a su vida privada.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La Sala argumenta:

“Así las cosas, la concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no sólo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino también durante el tiempo de descanso, de las que parten las Sentencias impugnadas para declarar la procedencia del despido por realizar trabajos para otra empresa durante el período vacacional, no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral, ni, lo que es más importante aun, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza. Una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de ‘autodeterminación consciente y responsable de la propia vida’ (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º), así como el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE). Recordemos una vez más que ‘la regla del artículo 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona’ [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4º, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3º. a)]. La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control como el que se permite en las Sentencias impugnadas sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para la que presta servicios. Sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales ‘para que se encuentre en plenas condiciones’ concluido el período vacacional, en el que ha de dedicarse ‘exclusivamente a recuperar fuerzas’, ‘en bien propio’ y de su empresa, al reincorporarse al trabajo, con la grave consecuencia de que, de no hacerlo así, incurrirá en un ‘incumplimiento grave y culpable’ que podrá dar lugar a que sea válidamente despedido ‘por transgresión de la buena fe contractual’ (artículo 54 LET), supone una interpretación del principio de buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable, a partir, como ha quedado expuesto, de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles, por lo que no puede considerarse como una respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE. A lo anterior cabe añadir que esa interpretación efectuada por los órganos judiciales resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (v.gr., artículo 21.1 LET, a contrario, y artículos 110.2 y 120.3 de la Ley General de la Seguridad Social), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (artículo 21.1 LET) o de otros supuestos legalmente previstos, lo que conduce a la misma conclusión

de reputar las resoluciones judiciales impugnadas como lesivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”.

En sentido análogo, la **STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2006** (recurso 7426/2005), I.L. J 643, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en no tener preparado el negocio para su apertura, incurriendo en transgresión de la buena fe contractual.

Para la Sala, dicha actuación, determina la procedencia del despido disciplinario efectuado:

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

La **STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006** (recurso 313/2006), I.L. J 612, y la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de marzo de 2006** (recurso 243/2006), I.L. J 684, aprecian, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de dos trabajadores, cuyas actuaciones se traducen en cobro de comisiones a proveedores con desconocimiento de la empresa, así como realización de actos para un segundo cobro.

Para las Salas:

“el cargo de quien acciona le obliga a desplegar un grado de diligencia y de atención muy superior al de quienes quedan a él subordinados, respecto de los cuales ha de poner un exquisito cuidado, a fin de contrastar, al menos cada cierto tiempo, que despliegan esa lealtad que con mayor razón es exigible al inmediato colaborador”.

Siguiendo idéntica línea jurisprudencial, la **STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2006** (recurso 3068/2006), I.L. J 1095, aprecia, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, cuya actuación se traduce en su colaboración en sustracciones de productos de la empresa, amparando a una compañera de trabajo.

Las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de abril de 2006** (recurso 563/2006), I.L. J 843, y **de 3 de abril de 2006** (recurso 469/2006), I.L. J 850, declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios, basados en la desobediencia a una orden de la empresa, de dos trabajadores que, pese a tener pactado con la empresa que deben realizar un servicio, se negaron a llevarlo a cabo.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Las Salas exponen que:

“El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados.”

En sentido análogo, la **STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2006** (recurso 2959/2005), I.L. J 1110, al enjuiciar un supuesto de trabajador, despedido disciplinariamente por falta de asistencia al trabajo, confirma las sentencias de instancia que estimaban la procedencia de despido.

“Para que concurra abandono del puesto de trabajo es necesario, cuando no se hace de forma expresa, que derive de forma inequívoca de conductas, acciones u omisiones que rotundamente evidencien la voluntad en tal sentido del aplicado –Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 27 de junio de 1983 y de 3 de junio de 1988–, esto es, y dicho de otro modo, que el consentimiento claro de acusar baja voluntaria ha de evidenciarse –SSTS de 29 de junio de 1989 y de 2 de enero de 1990– o ha de constar una conducta que manifieste un deliberado propósito de dar por terminado el contrato –STS de 7 de mayo de 1990– y la actitud de la actora no puede tildarse de concluyente en cuanto a su voluntad de romper el nexo, sino todo lo contrario: lo quiso mantener vigente como demuestra el hecho de su intento de reincorporación.”

La **STSJ del País Vasco de 14 de enero de 2006** (recurso 2926/2005), I.L. J 1104, declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, basado en la disminución del rendimiento continuado, voluntario y grave que impide el buen funcionamiento de la empresa debido a la situación generada por un trabajador que se encuentra continuamente en estado de embriaguez, produciendo pérdidas para la empresa.

Para ello, la Sala, en su FJ 2º, alega:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...). De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto la medida adoptada no

puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas. Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante”.

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2006** (recurso 338/2006), I.L. J 805, determina la procedencia del despido efectuado a un trabajador debido al acoso sexual a que sometía a su compañera de trabajo. Su conducta se basó en la observancia de una conducta libidinosa no deseada ni deseable por la trabajadora destinataria, infringiendo con ello el contenido del artículo 4.2.e) del ET, relativo al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un significativo número de resoluciones analizan la improcedencia de los despidos efectuados en supuestos de contratación temporal sucesiva:

– La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2006** (recurso 1200/2005), I.L. J 780, falla a favor de la conversión de la relación de trabajo en indefinida, en el caso de varios contratos temporales sucesivos debido a que “un contrato temporal inválido por infracción de los límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida y no pierde esa condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales ni se rompe por cortas interrupciones que buscan parecer una nueva”.

– La **STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006** (recurso 229/2006), I.L. J 817, ante la existencia de contratos temporales sucesivos por circunstancias de la producción, celebrados en fraude de ley, analiza, en el supuesto de contrato de puesta a disposición, las responsabilidades de las empresas de trabajo temporal y usuarias.

Para la Sala:

“La responsabilidad de las codemandadas, por cuanto la responsabilidad solidaria que se establece en el artículo 16.3 de la Ley 14/1994, cuando el contrato de puesta a disposición, que existió en todos los casos, incumpla lo dispuesto en los artículos 6º y 8º de la propia ley, atinentes a los supuestos en los que cabe su celebración, está limitada a las obligaciones

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, sin que por ello pueda extenderse a responsabilidades de otra naturaleza, como las indemnizatorias derivadas del despido, e incluidos por tal razón los salarios de tramitación –STS de 14 de julio de 1998, recurso 3482/1997–, sin que sean de aplicación las previsiones del artículo 43.2 ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, pues no tiene tal consideración la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando ésta se ha llevado a cabo a través de una empresa de trabajo temporal, debidamente autorizada para ello.”

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente.

– La **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2006** (recurso 910/2006), I.L. J 640, al analizar un supuesto de despido improcedente, argumenta que la sanción ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta. La Sala falla a favor de la improcedencia del despido efectuado porque la carta de despido no concreta qué tipo de “deficiencias graves” se imputan al trabajador, por lo que el despido del actor es sanción desproporcionada.

– La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 20 de febrero de 2006** (recurso 1212/2005), I.L. J 585, falla a favor de la improcedencia de un despido aplicando la doctrina gradualista, debido a que no se ha podido acreditar el estado de embriaguez del trabajador despedido y, por ende, se ve desprovisto de proporción entre la infracción y la sanción de despido.

– La **STSJ de La Rioja de 14 de marzo de 2006** (recurso 98/2006), I.L. J 614, determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador por realizar actividades cinegéticas durante un período de incapacidad temporal, debido a que no se acredita que la actividad de caza sea incompatible con dicha situación y que haya resultado perjudicial para la salud del trabajador.

La **STSJ de Valencia de 31 de enero de 2006** (recurso 325/2006), I.L. J 760, analiza la improcedencia de un despido efectuado a un trabajador con posterioridad a la finalización del período de prueba, en un supuesto en el que el trabajador comienza a prestar sus servicios para la empresa con anterioridad a la firma del contrato de trabajo.

La Sala expone:

“Parte del contrato es ajustado a la ley y por ello, acreditado que el actor no pudo comenzar a prestar servicios con anterioridad a la fecha de su otorgamiento, el cese se produce dentro del período de prueba pactado. En este sentido, tomando como fecha inicial de la relación de trabajo la que se dice en la sentencia es evidente que el cese, acordado más allá del tiempo fijado por las partes como período de prueba, ha de tacharse de despido improcedente. En este sentido el Tribunal Supremo tiene declarado, S. de 5 de abril de 1991, que habiendo pactado un período de prueba de x días, comunicada la decisión extintiva dentro del plazo de vigencia del citado lapso, estableciendo el artículo 14 del ET la facultad

potestativa de terminar la relación sin consecuencias derivadas de tal extinción, conforme establece el artículo 14.2 del cuerpo legal mencionado, es evidente que no se han cometido las vulneraciones acusadas lo que, en el presente caso, no ocurre. Ello es así por cuanto las posibilidades del artículo 14 quedan ceñidas al ámbito temporal fijado como de ‘prueba’ por lo que, según constante jurisprudencia y como se resume en la STS de 18 de febrero de 2002, dicho cómputo ha de contarse de fecha a fecha, por aplicación del artículo 5.º del Código Civil, debiendo calificarse como despido improcedente el cese acordado una vez que se ha completado dicho período de prueba.”

Asimismo, las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2006** (recurso 340/2005), I.L. J 785 y de **14 de marzo de 2006** (recurso 2064/2005), I.L. J 788, estiman la improcedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, en el supuesto en que los mismos continúan desempeñado sus funciones laborales a pesar de estar incursos en sendos procesos de Incapacidad Temporal.

Las Salas argumentan, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

“La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección.”

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006** (recurso 967/2005), I.L. J 1057, y la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de marzo de 2006** (recurso 412/2006), I.L. J 1067, tras analizar sendos casos de despido improcedente, determinan el importe de la indemnización de despido, ante dos prestaciones de servicios continuadas, amparadas en distintos y sucesivos contratos temporales, mediando entre ellos interrupciones breves no significativas nunca superiores al plazo de veinte días de caducidad. Concluyen las Salas que para el cálculo de esa indemnización, la antigüedad que se ha de tener en cuenta es la del primero de tales contratos.

Las Salas argumentan:

“si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones (sucesivas) diferentes”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Diversas resoluciones judiciales desestiman la nulidad de los despidos enjuiciados, calificándolos de improcedentes al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental alguno.

– La **STSJ de Murcia de 6 de marzo de 2006** (recurso 294/2006), I.L. J 678, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad de un despido, calificándolo de improcedente ante la existencia de hechos que objetivamente justifican el despido, por no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental.

Razona la Sala:

“En el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, no consta la alegación por parte del demandante de ningún móvil discriminatorio o de haberse producido su despido con violación de derechos fundamentales, de ahí lo sorprendente y lo incorrecto que resulta de la calificación del despido por la juzgadora *a quo* como nulo, como además y como tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993, de 18 de enero), de haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental. Debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado. El despido no puede ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos.”

– En sentido análogo, la **STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2006** (recurso 7686/2005), I.L. J 641, falla a favor de la inexistencia de nulidad de un despido, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación.

La Sala argumenta:

“(…) habiendo sido iniciado expediente de invalidez permanente, el cual había manifestado a sus compañeros de lista y a algún encargado de la empresa que iba a dejar su cargo, no habiendo comunicado en ningún momento dicha circunstancia a la empresa demandada; por lo tanto si toda argumentación respecto al despido nulo que hace el recurrente está orientada a que la empresa conocía que el candidato elegido iba a renunciar a su cargo y que éste le iba a sustituir, habiendo quedado suficientemente acreditado que la empresa

no conocía esta circunstancia, no concurre el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de la discriminación alegada, es por ello por lo que el motivo ha de ser desestimado.”

– Finalmente, la **STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2006** (recurso 72/2006), I.L. J 620, y la **STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2006** (recurso 4253/2006), I.L. J 634, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental alguno, revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los dos despidos efectuados, calificándolos de improcedentes ante la existencia de hechos que objetivamente justifican el despido.

La **STS de 29 de marzo de 2006**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 954/2005), I.L. J 595, y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 20 de febrero de 2006** (recurso 1192/2005), I.L. J 762, determinan la nulidad de los despidos efectuados a dos trabajadoras embarazadas, cuyo estado conocía ya, previamente, la empresa.

Las Salas fundamentan el fallo:

“La interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo, es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la ‘aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo’, no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, ‘durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo’; cuando se despida a una trabajadora, ‘el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito’. La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse ‘cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales’. Es evidente, por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, a la vista de cuanto se ha probado en este caso, no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Finalmente, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 14 de febrero de 2006 (recurso 1127/2005), I.L. J 763, falla la nulidad de un supuesto de despido colectivo, por carecer de autorización administrativa.

La Sala argumenta en su FJ 4º:

“Con indudable acierto se señala en la sentencia referente que no es posible revisar por el orden social de la jurisdicción el hipotético efecto retroactivo de la segunda resolución administrativa, pues la distribución de la competencia que por razón de la materia hace el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impide tal censura. Por consiguiente, la mencionada resolución se toma como antecedente obligado e inamovible para decidir la controversia. No obstante, para salir al paso de algunas afirmaciones que contiene la resolución combatida, debe hacerse una doble precisión, que deriva de la lectura de los hechos probados: en primer lugar, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 de octubre de 2001 no anuló en su totalidad el expediente de regulación de empleo ya iniciado, sino que se limitó a depurar ciertas anomalías observadas en su tramitación, reponiendo las actuaciones al momento de la apertura de consultas para que la empresa aportara cierta documentación y, en segundo término, no se ajusta a la realidad la afirmación de que, posteriormente, se iniciara nuevo expediente de regulación de empleo, pues fue el original el que prosiguió sus trámites, una vez purgado el vicio que lo invalidaba, hasta concluir con la resolución de 27 de mayo de 2002.”

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Vertientes y contenido de la libertad sindical. B) Condiciones o premisas objetivas de la conculcación de la libertad sindical. C) Tutela de la libertad sindical: la inversión de la carga de la prueba. D) Funcionamiento interno del sindicato: régimen disciplinario sindical. **2. Representación unitaria.** A) Revocación del mandato de los miembros del Comité de Empresa. B) Régimen de toma de decisiones en el seno del Comité de Empresa. **3. Conflictos colectivos.** A) Conflicto colectivo y complementos salariales. B) Conflicto colectivo e impugnación de concursos de adjudicación de plazas. C) Legitimación procesal del sindicato en procedimientos de conflicto colectivo. **4. Derecho de huelga: el límite de los servicios esenciales de la comunidad.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica comprende la jurisprudencia que se contiene en los números 5 a 8 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia del año 2006 (marginales I.L. J 585 a 1120).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Vertientes y contenido de la libertad sindical

La constitución de órganos de representación unitaria es obligatoria en empresas o centros de trabajo que cuenten con más de 10 trabajadores en su plantilla. Tratándose de empresas o centros de trabajo con menos de 10 trabajadores, la representación unitaria es voluntaria, de modo que su constitución debe ser decidida por los trabajadores. El artículo 62.1 del ET establece en este sentido que “la representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde

a los delegados de personal”, pero sobre todo dispone que “igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores si así lo decidieran éstos por mayoría”. Quiere ello decir, por consiguiente, que la promoción de las elecciones sindicales –para elegir el delegado de personal– en empresas de entre 6 y 10 trabajadores requiere que los trabajadores acuerden por mayoría la constitución del órgano de representación unitaria.

La cuestión que suele plantearse, y con cierta frecuencia, en estos casos es si una promoción de las elecciones a delegados de personal por los sindicatos en este tipo de pequeñas empresas o centros de trabajo, de la que resulta que los trabajadores acuden en su mayoría a votar y votan además mayoritariamente al candidato propuesto, constituye un fenómeno irregular, por entender que la promoción de tales elecciones sólo puede hacerse cuando previamente los trabajadores hayan acordado por mayoría constituir el órgano de representación unitaria, o si, por el contrario, no existe irregularidad ninguna, en la medida en que pueda entenderse que el concurso en la votación de la mayoría de los trabajadores, y la manifestación de su preferencia por un candidato concreto, constituye precisamente una manifestación de voluntad de constitución de la representación unitaria. Pues bien, hemos de decir que el TC se muestra partidario en múltiples sentencias –cierto que siempre con el voto particular en contra del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas– de la segunda opción, utilizando a tal efecto –esto es preciso subrayarlo– el argumento de la necesidad de tutelar la libertad sindical.

Así queda de manifiesto, con toda claridad, en la **STC de 24 de abril de 2006**, I.L. J 647. En un caso en el que el Juzgado de lo Social competente había declarado la nulidad radical de las elecciones del delegado de personal en un centro de trabajo de menos de 10 y más de 6 trabajadores por incumplimiento del artículo 62.1 ET (falta de previo acuerdo mayoritario de los trabajadores constituyendo el órgano de representación unitaria), y en el que el sindicato promotor de las elecciones solicita el amparo del TC, éste estima el recurso conforme a las siguientes razones. Por lo pronto, que el derecho de los sindicatos a promover las elecciones a representantes unitarios forma parte de la libertad sindical, si no de su contenido esencial, sí al menos de su contenido adicional, al tratarse, si no de una vertiente de la libertad sindical que derive directamente de la definición constitucional de la misma, sí de su regulación legal. Por otra parte, que, siendo así, se impone una interpretación del artículo 62.1 ET que permita armonizar la exigencia establecida en esta previsión de que haya acuerdo mayoritario de los trabajadores para que pueda constituirse la representación unitaria con la consideración del derecho del sindicato a promover elecciones como parte de la libertad sindical.

Dice concretamente la sentencia que, por imperativo de la tutela del derecho fundamental de libertad sindical, es precisa una interpretación capaz de armonizar las dos reglas en presencia –la de exigir el acuerdo mayoritario de los trabajadores del artículo 62.1 ET y la de permitir y facilitar la promoción de las elecciones a delegados de personal por los sindicatos–, “de suerte que sea posible la plena virtualidad de cada una de ellas”. A tal efecto deberá entenderse que “la promoción de las elecciones por parte de los sindicatos

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

más representativos exigirá siempre la decisión de los trabajadores, que podrá producirse –y ésta es la cuestión o matiz clave– bien antes de aquella promoción, bien después”. Dicho de otro modo: la decisión mayoritaria de los trabajadores exigida en el artículo 62.1 ET opera como “condición de eficacia” y no como “presupuesto de admisibilidad” de las elecciones. La sentencia nos recuerda que el acuerdo mayoritario de los trabajadores de dotarse de delegado de personal en empresas o centros de trabajo de entre 6 y 10 trabajadores “no está sujeta a formalidades específicas, pudiendo ser expresa o tácita, siendo de destacar como supuesto claro de decisión tácita el de la participación de la mayoría de los trabajadores en la votación”. Precisa además la sentencia que “el requisito de la decisión mayoritaria previsto en el artículo 62.1 ET es imprescindible, sí, pero, en el aspecto temporal, puede ser anterior o posterior a la promoción de las elecciones”. Se llega de este modo a la conclusión de que la exigencia del artículo 62.1 ET de que los trabajadores acuerden mayoritariamente dotarse de representantes unitarios ha de entenderse cumplida cuando, promovidas las elecciones a delegado de personal por un sindicato, los trabajadores hayan acudido en su mayoría a votar, máxime cuando además haya resultado elegido el candidato propuesto.

Sobre las vertientes (organizativa y funcional) y el contenido (esencial y adicional) de la libertad sindical se pronuncia también la **STC de 3 de julio de 2006**, I.L. J 1013. Después de recordarnos la doctrina general en esta materia, la sentencia resuelve que el derecho de las organizaciones sindicales a presentar candidaturas en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal forma parte de la libertad sindical –de su contenido adicional, concretamente–. Como consecuencia de ello dice la sentencia que “cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede ser constitutivo de vulneración de la libertad sindical”. Concretamente, la sentencia resuelve que hay vulneración de la libertad sindical cuando, presentada una lista electoral completa por un sindicato –en la que el número de candidatos es igual al de puestos a cubrir–, de la que se sale uno de los candidatos una vez finalizado el plazo de presentación de la misma, la mesa electoral –y posteriormente el órgano jurisdiccional competente– no requieren al sindicato que subsane el defecto de la lista por entender que es el sindicato interesado el que debe proceder a impugnar el acuerdo de la mesa electoral que deniega la proclamación provisional de la candidatura.

Viene a decir la sentencia que una vez que un sindicato ha presentado una candidatura completa, la salida de uno de los candidatos una vez transcurrido el plazo de presentación no puede determinar la anulación de la candidatura, puesto que ello supondría dejar la actividad sindical a merced del capricho de trabajadores concretos. La garantía de la libertad sindical exige que la mesa electoral, o en todo caso el órgano jurisdiccional que revise su actuación, den al sindicato ocasión de subsanar el defecto que presentaba la candidatura antes de declarar la no proclamación de la misma. Dice concretamente la sentencia que “no cabe aceptar la resistencia a la subsanación de la candidatura, pues tal resistencia no responde a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos y presentes en la configuración legal de los procesos electorales”. Sin que pueda argumentarse que la falta de impugnación por el sindicato del acuerdo de la mesa electoral que deja de proclamar la candidatura impide determinar que ha existido vulneración de la libertad sindical, dado que tal falta de impugnación pudo obedecer a que

el sindicato “pudo concluir razonablemente que la mesa podía acordar lo que acordaba, ya que concurría el defecto reseñado (la falta de un candidato), lo que explicaría —dice la sentencia— la no impugnación del acuerdo”.

Concluye, en definitiva, el TC que “bajo estas circunstancias el derecho fundamental de libertad sindical ha sido lesionado merced a una interpretación contraria al artículo 8.1 del RD 1944/1994 sobre posibilidades de subsanación y por una interpretación restrictiva y formalista de la regulación legal sobre el deber de impugnación de los actos electorales (artículo 74.3, párrafo 3 del ET)”, máxime cuando ninguna de tales interpretaciones se justifica “por la necesidad de salvaguardar otros derechos o intereses dignos de protección”.

La **STC de 24 de julio de 2006**, I.L. J 1015, por su parte, declara que también forma parte del contenido de la libertad sindical el derecho a las indemnizaciones derivadas de la vulneración o lesión de la misma. En el caso de un trabajador que había sido tratado muy desfavorablemente por la empresa debido a su actividad sindical, y al que se había reconocido por ello una indemnización, que es revocada por el Tribunal Supremo debido a que la jurisprudencia vigente no permite la indemnización automática, sino que exige la determinación de los datos y circunstancias que permitan calibrar el daño producido y así fijar la indemnización, declara la STC de 24 de julio de 2006 que la sentencia del Tribunal Supremo es contraria a la libertad sindical. No por establecer una nueva doctrina en materia de indemnizaciones por vulneración de la libertad sindical, sino por entender que no existían datos para hacer el cálculo de la indemnización cuando sí había base objetiva y criterios suficientes para tal cálculo. En la medida en la que sí existían elementos para calcular la indemnización, tal y como exige la propia doctrina del TS, y este órgano jurisdiccional revoca la indemnización fijada en la sentencia recurrida por entender que no existen tales evidencias, estamos ante una resolución vulneradora del derecho de tutela judicial efectiva, y en consecuencia, debido a que el derecho material en juego es el de libertad sindical, también de esta libertad.

La **STC de 17 de julio de 2006**, I.L. J 1018, declara que también forman parte de la libertad sindical las facultades de expresión e información de los representantes de los trabajadores, con independencia de que estas facultades puedan acceder también a amparo constitucional en el marco del derecho fundamental —distinto y autónomo— de libertad de información y expresión. En consecuencia, entiende que es correcto considerar nulo el despido de un representante de los trabajadores cuando es evidente que la razón del cese no es otra que el historial de conflictividad y litigiosidad entre la empresa y el trabajador desde que el mismo reviste la condición de representante de los trabajadores y en particular su asistencia, sin permiso ni conocimiento del colegio en que trabajaba, a una reunión con padres de alumnos en la que reveló ciertas informaciones sobre la existencia de problemas entre la dirección y el profesorado por cuestiones de despidos, retributivas y relativas a las presiones que sufrían los profesores, las deudas del colegio con la Seguridad Social, etc. La sentencia entiende que el despido del trabajador por esta razón es contrario a la libertad sindical, por vulnerar las libertades de expresión e información sin-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

dical y por no existir circunstancia alguna que permita defender que la decisión extintiva de la empresa es necesaria ni tampoco proporcionada para la defensa de sus derechos o intereses. Argumenta en este sentido que el deber de sigilo de los representantes ni es ilimitado ni recae sobre cualquier materia, máxime cuando la información es verdadera y no ha sido obtenida por el trabajador en su condición de representante en la empresa, sin que sea tampoco atendible sin más el argumento de la empresa de que la información revelada puede dañar la buena imagen y el prestigio que la misma tenga atribuida en el mercado.

Siguiendo la doctrina de la STC de 7 de noviembre de 2005, considera la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 23 de marzo de 2006**, I.L. J 1006, que la libertad sindical implica la facultad de los sindicatos de utilizar el correo electrónico de la empresa para divulgación de información laboral entre los trabajadores. Dice más concretamente la sentencia que los sindicatos tienen derecho a usar las conexiones de Internet o correo electrónico de la empresa incluso aunque ningún derecho haya sido reconocido en este sentido por convenio colectivo, costumbre o consentimiento o anuencia del empresario, y que ello obedece precisamente a que esta facultad es una manifestación de libertad sindical. Por supuesto, el reconocimiento del derecho de los sindicatos a usar las infraestructuras telemáticas de la empresa —que a veces se relaciona también con la necesidad de una interpretación analógica de otros derechos de uso de bienes o infraestructuras de la empresa con fines sindicales (v. gr., locales y tablón de anuncios)—, no se hace sin condiciones. Básicamente éstas son que: (1) tal derecho existirá sólo si las referidas infraestructuras telemáticas ya existían en la empresa, de modo que ésta no está obligada a dotar tales instalaciones si las mismas no existen; (2) el uso de Internet o del correo electrónico por los sindicatos no podrá perjudicar la utilización de estas instalaciones por la empresa, incrementar sus costes o perturbar la actividad productiva.

La sentencia lo dice con toda claridad: “no es compatible con la libertad sindical una negativa de la empresa a la puesta a disposición de los sindicatos de los instrumentos de transmisión de la información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que han sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación por razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario”. “El empresario —continúa diciendo la sentencia— tiene la obligación de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, siempre que —éstas son las condiciones— tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso”. A la cuestión —que parece fundamental— de si con ello no se está atentando contra el derecho de propiedad del empresario, la sentencia contesta que “no pueden oponerse a esta conclusión los elementos estructurales de la definición misma del derecho a la propiedad privada, ya que el uso sindical no modifica el régimen de propiedad, no perdiendo el empresario la titularidad de la herramienta de comunicación”, máxime teniendo en cuenta que el derecho de propiedad privada no es absoluto sino limitado por su “función social”.

B) Condiciones o premisas objetivas de la conculcación de la libertad sindical

Resuelve la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006, I.L. J 1117, que la vulneración de la libertad sindical presupone dos condiciones: (1) la posibilidad de que el acto de vulneración en cuestión pueda ser efectivamente imputable a la empresa; (2) la necesidad de que el trabajador haya sido efectivamente perjudicado en sus derechos laborales. En un caso, concretamente, en el que un trabajador con la categoría de “mando intermedio” había colocado en el tablón de anuncios un escrito en el que reprochaba a un representante de los trabajadores el uso incorrecto de su crédito horario, por falta de preaviso, imputándole además al mismo las pérdidas salariales de algunos compañeros de trabajo por la incomparecencia de aquél en el trabajo, escrito frente al que el representante reacciona judicialmente invocando vulneración de su libertad sindical, contesta la sentencia que no existe vulneración alguna de este derecho.

En primer lugar, porque la persona a la que se imputa su vulneración —el mando intermedio que coloca la invectiva en el tablón de anuncios— no cabe considerar que actúa en representación de la empresa, pues su capacidad de mando es limitada y no autoriza para pensar que permita imputar a aquélla los efectos de sus acciones. Dice la sentencia que el autor de la invectiva “no ha actuado como empresa, siendo inadecuado pretender atribuir a un trabajador con categoría de mando intermedio —que es, por cierto, la inmediatamente superior a la ostentada por el trabajador que desempeña funciones de representación y que estima vulnerada su libertad sindical— los actos de la empresa, cual si se tratara de un Director General o Director Gerente con poder de organización y dirección”. En segundo lugar, porque el estatuto laboral del trabajador que desempeña las funciones de representación y que reclama que se ha vulnerado su libertad sindical no se ha visto perjudicado. El único daño que ha padecido el mismo ha sido el de la calumnia que pudiera representar la publicidad del escrito, pero no otro. La sentencia dice que “la empresa no ha privado al trabajador de su crédito de horas sindicales”. Estamos, simplemente, ante “un problema de mala sintonía o relación personal entre dos trabajadores ajeno a la intervención patronal, enmarcándose dentro del límite del debate entre compañeros (...), no ante la vulneración del derecho de libertad sindical de uno de ellos”. El modo incorrecto de proceder de quien publica un escrito acusatorio que no se corresponde con la realidad no es vulneración del derecho de libertad sindical.

La STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2006, I.L. J 1120, establece por su parte que la libertad sindical solamente puede ser invocada por las asociaciones que tengan efectivamente condición de sindicatos, y no por otro tipo de agrupaciones de defensa de intereses profesionales que carezcan de aquella naturaleza. En un caso en el que cuatro directores de paradores nacionales de turismo reclamaban vulneración de su libertad sindical por entender que habían sido perjudicados retributivamente a partir del momento en que constituyen la “Agrupación de directivos de paradores de turismo”, resuelve la citada sentencia que “las entidades asociativas que gozan de la prerrogativa de la protección sindical son sólo las constituidas de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la LO 11/1985, de Libertad Sindical, no otras asociaciones distintas, aun cuando hayan sido

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

constituidas por trabajadores afiliados a un sindicato; en esta última situación se encuentra la Agrupación de directivos de paradores, en la cual están integrados cuatro directores de paradores que se encuentran afiliados a UGT, sin que esta circunstancia quiera decir que tal agrupación pueda equipararse con un sindicato”.

C) Tutela de la libertad sindical: la inversión de la carga de la prueba

Trata la **STC de 8 de mayo de 2006**, I.L. J 727, del caso de un trabajador —un funcionario, policía, por más señas— que, tras presentar una solicitud de adjudicación de “un puesto de trabajo en situación de segunda actividad”, obtiene una respuesta negativa por la Dirección General de la Policía, respuesta confirmada ulteriormente en las instancias jurisdiccionales en las que se presenta demanda o recurso. En el recurso de amparo presentado, junto con la vulneración del principio de igualdad y no discriminación (por haber sido preterido injustificadamente —por ser representante sindical— en el acceso al puesto de trabajo en situación de segunda actividad) y tutela judicial efectiva (por haber vulnerado los órganos jurisdiccionales su obligación de motivar la negativa a la admisión de ciertas pruebas propuestas por el funcionario), invoca sobre todo el recurrente la existencia de vulneración de su libertad sindical. Es esta última argumentación la que, por razones obvias, nos interesa examinar aquí.

Dice el trabajador concretamente que la denegación de su solicitud de un puesto de trabajo en situación de segunda actividad se ha debido, en realidad, no a la falta de idoneidad para su desempeño, como se argumenta en la resolución administrativa recurrida, sino a su condición de liberado sindical. Debe tenerse presente que el trabajador, funcionario de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía, desempeñaba el cargo de secretario general regional del Sindicato Unificado de Policía (SUP) y se encontraba liberado de servicio a tiempo total por asuntos sindicales. Y que, próximo a cumplir la edad reglamentaria para pasar a la “situación de segunda actividad”, solicitó la adjudicación de un puesto de trabajo en dicha situación administrativa para cuando pasase a la misma. La división de personal de la Dirección General de la Policía, sin embargo, denegó la solicitud argumentando que “no consta suficientemente acreditada la adecuación del funcionario a las funciones a desarrollar”, tal y como al parecer permite la Orden del Ministerio del Interior de 30 de diciembre de 1998, reguladora de las funciones de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en situación de segunda actividad, cuando esta situación se cubra de manera provisional.

Para resolver la cuestión planteada, el TC enfoca el problema conforme a las reglas de distribución de la carga de la prueba en supuestos de posible vulneración de derechos fundamentales. Comienza la sentencia recordándonos la importancia que tiene la inversión de la carga de la prueba cuando el trabajador alegue la vulneración de su libertad sindical ante la dificultad de probar de otro modo las razones de las decisiones y conductas de la empresa, bien entendido que ello no supone que la mera alegación de que el empresario ha vulnerado la libertad sindical del trabajador sea suficiente. El trabajador tendrá en todo caso que aportar un indicio razonable de vulneración (prueba indiciaria), es decir, tendrá que acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera

plena la convicción del juez sobre la vulneración de la libertad sindical, le induzca a una creencia racional sobre tal posibilidad. Pero una vez probados suficientemente los indicios de vulneración del derecho por el trabajador, el incumplimiento se tendrá por cierto, siendo entonces el empresario quien tendrá que demostrar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas, suficientes y proporcionadas, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración del derecho.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, la sentencia resuelve que se ha producido una vulneración de la libertad sindical del trabajador. El TC entiende que el trabajador ha probado indicios suficientes de vulneración de su libertad sindical. Por ejemplo: (1) la existencia en el informe del Comisario y Jefe del trabajador de referencias a la condición de liberado sindical del trabajador; (2) la adjudicación en todo momento de puestos en situación de segunda actividad a funcionarios de la escala básica, a petición de los interesados; (3) el hecho de que no se hubiera dado al demandante la hoja/cuestionario sobre detección de idoneidad para el puesto en cuestión; (4) o que de los 150 puestos existentes para segunda actividad sólo estuvieran cubiertos 47. Según la sentencia, “el conjunto de circunstancias reseñadas es suficiente para fundar un razonable panorama indiciario de discriminación contrario a la libertad sindical del demandante de amparo, que al traspasar el umbral mínimo de los indicios produce el desplazamiento de la regla sobre el *onus probandi* a la Administración demandada, siéndole exigible a ésta la carga de aportar datos y razones objetivas en cuya virtud se justifique la decisión de denegar al recurrente el puesto de segunda actividad”.

La sentencia no admite que las razones aducidas por la Administración para justificar su respuesta negativa tengan fuerza para romper la presunción de existencia de vulneración de la libertad sindical del trabajador. Las alegaciones de la empresa –dice la sentencia– “no pueden ser más escuetas y genéricas”. No es suficiente que, tras admitirse que la cobertura provisional de los puestos en situación de segunda actividad puede hacerse en función de la idoneidad de los solicitantes, se exprese como razón de la respuesta denegatoria simplemente que “no consta suficientemente acreditada la adecuación del funcionario a las funciones a desarrollar”. Si la Administración carecía de criterios para valorar la idoneidad del solicitante “tal circunstancia únicamente es imputable a la propia Administración” que teniendo a su alcance los medios para determinar la adecuación para el puesto del solicitante no lo hizo, como prueba que la hoja/cuestionario que se entrega a los solicitantes no se hubiera dado al recurrente. La apodíctica afirmación de la empresa de que “no consta suficientemente acreditada la adecuación del funcionario a las funciones a desarrollar” es abstracta y superficial, pues no expresa la causa concreta y real que llevó a denegar la solicitud del trabajador. Nada se expresa –dice la sentencia– “respecto de las vacantes existentes, ni se aduce ningún criterio objetivo con base en el cual pudiera considerarse la adecuación o no del recurrente a alguna o algunas de las vacantes, ni en fin se exponen circunstancias de tipo objetivo referidas a las necesidades de servicio u organización que impidiesen la adjudicación al demandante de amparo de un puesto de trabajo en segunda actividad”.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Versa la **STC de 8 de mayo de 2006**, I.L. J 728, sobre el caso de un representante sindical de los trabajadores que tras plantear una serie de demandas judiciales y varias denuncias frente a su empresa ante la Inspección de Trabajo, en algunas de las cuales no sólo actuaba en interés propio sino como representante sindical, es al poco tiempo despedido alegando incumplimiento de obligaciones laborales. Por lo que a nosotros interesa, debe destacarse que el recurrente solicita amparo ante el TC invocando la vulneración de dos derechos fundamentales: (1) el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales consecuentes al ejercicio de reclamaciones, entendiendo que la verdadera causa de cese es la presentación de denuncias y demandas frente a la empresa; (2) el derecho de libertad sindical, sosteniendo que el cese es debido a la condición de representante sindical del trabajador y al ejercicio de sus funciones como tal. Es preciso señalar que el TC, igual que hace el demandante en el recurso, no disocia los dos motivos impugnatorios de referencia. La razón es que la vulneración de la libertad sindical es vista simultáneamente como conculcación de la garantía de indemnidad, en la medida en que lo que se estima verdadera razón del cese del trabajador es que el representante plantee reclamaciones frente a la empresa en su condición de representante sindical de los trabajadores, y no ya tanto a título privado o individual.

El TC estima en esta sentencia el recurso de amparo, y lo hace dando aplicación a la conocida doctrina de inversión de la carga de la prueba en los supuestos de posible vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. Después de recordarnos esta doctrina, entiende el TC que el trabajador ha dejado suficientemente acreditados los indicios que revelan una conducta empresarial contraria a los derechos fundamentales de indemnidad y libertad sindical del trabajador, basándose a tal efecto en dos circunstancias objetivas: (1) la existencia entre el trabajador y la empresa de “una marcada situación de litigiosidad” —de cierta “animosidad entre las partes”, se dice también—, concretada no sólo en la presentación de denuncias ante la Inspección de Trabajo sino también en “la interposición de diversas demandas judiciales en el período inmediatamente anterior a la decisión de despido, que fue, además, precedida de una sucesión de decisiones disciplinarias sancionadoras menos graves, pero de intensidad creciente, recurridas todas ellas a su vez por el trabajador”; y (2) la “conexión temporal existente entre el ejercicio por el demandante de su derecho a la tutela judicial y el inicio de las actuaciones sancionadoras de la empresa que desembocaron en el despido”.

No admite el TC que el empresario haya demostrado que exista una razón objetiva que justifique suficientemente su decisión extintiva. Pero no porque el despido haya sido declarado improcedente en las instancias jurisdiccionales correspondientes, como ha sucedido efectivamente, sino porque la causa extintiva alegada por la empresa, en sí misma, sin atender a su capacidad para determinar la procedencia o improcedencia del despido, no tiene fuerza para desmontar la presunción de vulneración de los derechos de indemnidad y libertad sindical del trabajador. El TC nos aclara que en los “despidos pluricausales”, es decir, a la vez con causa lícita e ilícita —contraria a derechos fundamentales— de extinción, no es cierto que todo despido procedente (con causa lícita de extinción) impida afirmar que hay vulneración del derecho fundamental, ni tampoco al revés, que todo despido improcedente (sin causa lícita de extinción) determine que tal derecho fundamental se ha

vulnerado. Normalmente sucederá así, pero no siempre. Aplicado esto al caso de que se trata, significa que habiendo sido el despido declarado improcedente ello no determina automáticamente vulneración del derecho fundamental. La declaración de improcedencia no significa que no haya circunstancias que puedan ser tenidas en cuenta para determinar que existe alguna razón objetiva y suficiente que puede justificar la conducta empresarial como no vulneradora del derecho fundamental.

El caso es, sin embargo, que en la sentencia en modo alguno se admite que el empresario haya demostrado la existencia de factor o circunstancia justificativa alguna de su conducta capaz de romper la presunción de que se ha producido efectivamente la vulneración de los derechos de indemnidad y libertad sindical del trabajador. Con independencia de que el despido haya sido calificado por los órganos jurisdiccionales como improcedente, es decir, carente de fundamento, dice la sentencia que “ninguno de los argumentos de la empresa resulta suficiente desde la perspectiva constitucional para entender neutralizado el principio de prueba aportado por el trabajador”, de modo que debe entenderse que el despido se ha hecho con vulneración de los derechos fundamentales de tutela judicial (garantía de indemnidad) y libertad sindical. Procede por tanto anular las sentencias que declaran el despido improcedente y declararlo nulo.

D) Funcionamiento interno del sindicato: régimen disciplinario sindical

Trata la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2006, I.L. J 777, de la imposición por un sindicato de sanciones disciplinarias a uno de sus afiliados. Concretamente, se refiere a un caso en el que SAE (Sindicato de Enfermería) inicia un procedimiento disciplinario contra la Secretaria de una Sección Provincial del Sindicato por presuntas irregularidades contables. La afiliada invoca tres argumentos principalmente para oponerse a las sanciones disciplinarias que se le pretende imponer: (1) no cabe que la Comisión Ejecutiva Nacional resuelva poner en marcha un procedimiento disciplinario cuando en una reunión anterior ha decidido que no procedía esta medida, sino sólo la de exigir responsabilidades por la vía judicial, mucho menos cuando en el orden del día de la reunión de la Comisión Ejecutiva no figura de modo expreso el planteamiento de una medida de revocación de la resolución anterior; (2) la iniciativa disciplinaria del Sindicato constituye un fraude de ley y testimonia una actuación torcida y desviada, en todo caso arbitraria, de los órganos de gobierno del sindicato; (3) no cabe tal iniciativa cuando previamente se ha decidido acudir a la vía judicial, concretamente penal, pues ello contravendría el principio de *non bis in idem*.

La sentencia no estima ninguno de los argumentos presentados por la afiliada sindical. Respecto a la imposibilidad de que la Comisión Ejecutiva Nacional pueda poner en marcha un procedimiento disciplinario cuando en una reunión anterior se ha decidido que no procedía esta medida, sino sólo exigir responsabilidades por la vía judicial, dice la sentencia que no es así, pues no puede impedirse que “un órgano, en el ámbito de sus actuaciones se plantee y replantee cualquier cuestión antes decidida, pues es precisamente

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

el ejercicio de las competencias atribuidas lo que le permite hacerlo”, de manera parecida a lo que sucede en los casos de sucesión de normas, donde el órgano elaborador de las normas no está vinculado por las anteriormente creadas por él.

Respecto de la alegación de que la iniciativa disciplinaria del sindicato constituye una actuación arbitraria y en fraude de ley, dice la sentencia que éste no se presume, y que debe ser demostrado, sin que baste la aportación de “meras conjeturas o sospechas”. En fin, la sentencia tampoco entiende que la iniciación de acciones disciplinarias constituya vulneración del principio *non bis in idem* cuando previamente ya esté en marcha un procedimiento penal. El argumento principal esgrimido en este punto es que la potestad disciplinaria del sindicato no constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado, como sí lo es la potestad sancionadora administrativa, por lo que no cabe admitir que estemos ante una misma conducta doblemente castigada mediante sanciones de una misma procedencia, tal y como exige como es sabido el principio de *non bis in idem*. Como dice la propia sentencia: “en el caso de autos no estamos hablando de facultades sancionadoras del mismo ámbito, como puede ocurrir con las facultades sancionadoras administrativas y penales, que son ambas una derivación del poder sancionador del Estado, marco en el que el principio de *non bis in idem* tiene su aplicación, sino que estamos en ámbitos sancionadores distintos, sin relación alguna de subsidiariedad”.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Revocación del mandato de los miembros del Comité de Empresa

Trata la STS de 15 de junio de 2006, I.L. J 988, de la revocación del mandato de un miembro del Comité de Empresa en virtud de acuerdo tomado en una asamblea de trabajadores convocada por más de un tercio de sus componentes con la única finalidad de obtener aquella revocación y en la que participaron y votaron la revocación más de la mitad de los trabajadores. Concretamente, la cuestión debatida es, como dice la propia sentencia, “si para la válida revocación de miembros elegidos de un Comité de Empresa hace falta que entre la comunicación de los promotores de la revocación a la autoridad pública correspondiente y la celebración de la asamblea han de mediar 10 días, como exige el artículo 1.1.c) del Reglamento de elecciones a representantes en la empresa (RD 1844/1994), o si será suficiente el cumplimiento de las exigencias contenidas en los artículos 67.3, 77, 79 y 80 del ET, que no requieren el cumplimiento de ese concreto plazo”.

La sentencia resuelve que no es preciso efectuar la referida comunicación preavisada a la autoridad pública correspondiente. La razón es que el requisito de que medie el período de 10 días sólo está previsto para el supuesto específico de que la revocación de los representantes unitarios lleve consigo la necesidad de una convocatoria electoral, mas no en la situación en que la revocación opere al margen de esta circunstancia, de modo que la vacante pueda cubrirse mediante su adjudicación a un suplente. No hay —dice la sentencia— ningún precepto en el ET que disponga “que la convocatoria de una Asamblea con finalidad revocatoria se haya de realizar con más tiempo que el que resulte necesario para que la misma pueda llevarse a cabo con el conocimiento de todos los interesados y con

los votos de la mayoría absoluta de los trabajadores del centro de trabajo”. La exigencia de comunicación por escrito con 10 días de antelación a la oficina pública que aparece en el artículo 1.1 del RD 1844/1994, dada a propósito de la regulación del proceso electoral, sólo opera en aquellos casos en que la revocación del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores concurre con la convocatoria de elecciones sindicales, no en todo y en cualquier caso. “La exigencia de los 10 días —dice la sentencia— se contiene en un texto reglamentario cuyo objeto no es regular el régimen a seguir para la revocación de candidatos ya elegidos sino el régimen a seguir para la elección de nuevos candidatos”, por lo que “en una revocación como la que aquí se contempla, en la que no se produjo ninguna promoción de nuevas elecciones, puesto que los vocales revocados fueron sustituidos por los trabajadores siguientes en la lista, como ordena el artículo 67.4 del Estatuto de los Trabajadores, la finalidad de los 10 días prevista en aquel Reglamento carece de sentido y finalidad aplicativa”. “Es inaceptable desde el punto de vista jurídico —continúa la sentencia— que la validez de una Asamblea, en cuanto manifestación del ejercicio del derecho constitucional de reunión, dependa de un plazo fijado en un texto reglamentario y no en la ley reguladora de tal derecho, como requiere el artículo 53.1 de la CE”, máxime cuando los preceptos del ET que regulan esta materia “no se limitan a establecer la posibilidad de la revocación sino que contienen con suficiente detalle las exigencias de validez de la misma, sin incluir plazo de referencia”. Así pues, “si el requisito de los 10 días se ha puesto fundamentalmente cara a permitir un nuevo proceso electoral con garantías y no una revocación con garantías, y si dicha exigencia se contiene en un texto reglamentario cuando existe una regulación legal completa y exigente en la que el mismo no se contiene, carece de sentido aceptarlo como presupuesto de validez de una revocación como la que en estos autos se produjo”.

B) Régimen de toma de decisiones en el seno del Comité de Empresa

En relación a una demanda de conflicto colectivo presentada por un comité de empresa para resolver un problema de determinación del calendario laboral, señala la **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2006**, I.L. J 1079, que la exigencia que establece el artículo 65 del ET de que el ejercicio de acciones administrativas o judiciales por el comité como órgano colegiado se haga por decisión mayoritaria de sus miembros no implica que la demanda resulte viciada —por falta de legitimación activa— cuando quienes la han planteado realmente son sólo el presidente y el secretario del órgano colegiado. Invocando la doctrina de otros Tribunales Superiores de Justicia la sentencia resuelve que no hay vicio de legitimación activa en estos casos, siempre al menos que se dé una condición: que en los actos procesales posteriores comparezca el resto de miembros del comité, en lo que sería una especie de efecto convalidatorio. Dice la sentencia que aun cuando la demanda haya sido inicialmente presentada sólo por el presidente y el secretario del comité de empresa “la existencia de una decisión mayoritaria del comité de empresa (como exige el artículo 65.1 del ET) queda perfectamente constatada con la presencia de sus miembros en el acto del juicio ratificando de manera expresa el contenido de la demanda y subsanando así lo que se revela como una mera omisión formal de aportar por escrito la decisión de promover el conflicto colectivo”.

Según la sentencia, “no debe olvidarse que el artículo 65.1 del Estatuto de los Trabajadores lo que exige es que la decisión adoptada lo sea efectivamente por mayoría”, pero “sin ordenar formalidad alguna para dejar constancia de ello”, y tampoco que “los artículos 151 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral no imponen la necesidad de acompañar a la demanda de conflicto colectivo el acuerdo escrito del comité en el que se autoriza su interposición, pudiendo ser acreditada por cualquier medio la legitimidad del Presidente y del Secretario para el ejercicio de esta concreta acción en caso de ser discutida por los demandados, tal y como en el presente supuesto se hace con la comparecencia en juicio de la inmensa mayoría de los integrantes del comité de empresa, que ratifican el contenido de la demanda y acreditan de esta forma que la decisión de iniciar el proceso había sido adoptada por mayoría”.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Conflicto colectivo y complementos salariales

Resuelve la STSJ de Cantabria de 7 de abril de 2006, I.L. J 816, que los pleitos en que se ventilen cuestiones relativas a la determinación del derecho de los trabajadores a percibir un plus de penosidad por ruido —un complemento salarial, por tanto, vinculado a las características objetivas concretas del puesto de trabajo desempeñado— no pueden tramitarse por el procedimiento de conflicto colectivo del artículo 151 de la LPL. La razón, obviamente, es que no cabe entender que se den en tales casos las características que definen la existencia de intereses colectivos, sino sólo intereses individuales, o a lo sumo plurales (si la cuestión se llega a repetir en la persona de más de un trabajador).

La sentencia comienza recordándonos la doctrina general sobre el conflicto colectivo, como concepto contrapuesto al de conflicto individual, o en su caso también al de conflicto plural. Dice a tal efecto que “las pretensiones propias del conflicto colectivo se definen por dos elementos: (1) “uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad” y (2) “otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto, y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como un interés que aunque pueda ser divisible lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general”.

Sobre esta base, niega la sentencia que un conflicto surgido a propósito de si los trabajadores tienen o no derecho a percibir un plus de penosidad por ruido constituya conflicto colectivo. No lo es porque, en primer lugar, quien así lo pretende no ha determinado cuál es el grupo concreto de trabajadores titular del interés colectivo en cuestión, lo que “impide entender acreditada la homogeneidad” que exige el concepto de conflicto colectivo. Y porque, en segundo lugar, está latente en la pretensión “un interés divisible que reside en el grupo de forma diferenciada según el nivel de exposición al ruido”, interés en todo

caso “susceptible de individualización”. La tutela de los intereses en juego requiere una medición individualizada de los niveles de exposición al ruido, puesto que éstos pueden variar según el tipo de tareas y puestos desempeñados, lo que pone de manifiesto el carácter individual de los intereses implicados. Se trata de una doctrina ya defendida, dice la sentencia, en las Sentencias del TS de 19 de mayo de 1997 y 6 de marzo de 2002, donde se expone que el procedimiento de conflicto colectivo no es adecuado para la declaración de que ciertos trabajos “son peligrosos, penosos o tóxicos con derecho al complemento correspondiente” en la medida en que tal operación “comporta una obligada individualización de las situaciones a las que puedan ser atribuidas y de las que puedan ser predicadas las notas de excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad”, algo que exige “la verificación de las circunstancias concurrentes en cada puesto de trabajo”.

B) Conflicto colectivo e impugnación de concursos de adjudicación de plazas

En un supuesto en que, en el desarrollo de un concurso de promoción interna, la empresa (AENA) decide utilizar como criterio para dirimir los casos de empate entre concursantes en el mismo orden de prelación el de la evaluación de dichos concursantes, y no el llamado sistema de gestión por desempeño, se suscita en la **STS de 25 de mayo de 2006**, I.L. J 900, como cuestión previa, si la impugnación de esta decisión de la empresa constituye o no un conflicto colectivo susceptible (o no) por ello de ser tramitada a través del procedimiento que regula el artículo 151 de la LPL.

Resuelve la sentencia que no. Por lo pronto, porque “la convocatoria del concurso y las bases del mismo no fueron impugnadas por el sindicato actor”, que ataca ahora por la vía de conflicto colectivo el criterio utilizado para dirimir los empates. Segundo, porque existe efectivamente una lista de adjudicación de plazas, con independencia de que la misma tenga sólo carácter imperfecto en relación a quienes se encuentran pendientes de que su situación de empate con otros candidatos se resuelva. Y es en este punto donde la sentencia hace una precisión de suma importancia a los efectos que nos ocupa. La de que los candidatos que se encuentran en situación de empate son más que meros candidatos, algo que permite defender que tienen un interés individual y que impide en consecuencia decir que estamos ante el interés difuso característico del conflicto colectivo. Dice concretamente la sentencia que “en el momento de la publicación de la lista definitiva los incluidos en ella no ostentan ya, como pretende el sindicato actor, la condición genérica de simples candidatos, sino la de adjudicatarios nominativos de las plazas concursadas, con la única excepción de los concursantes empatados, que son *preseleccionados nominativos*—no meros candidatos— para dicha adjudicación”.

La sentencia nos recuerda que conforme a reiterada jurisprudencia, de la que cita como exponente principal la STS de 17 de junio de 2004, el procedimiento de conflicto colectivo “no es adecuado para impugnar cualesquiera decisiones o prácticas de empresa relativas a un concurso de adjudicación de plazas”, y que en particular “no lo es para las decisiones adoptadas una vez que se ha publicado la lista de adjudicatarios, aunque se

trate de una lista provisional”. Transcribiendo esta jurisprudencia, hace tres afirmaciones fundamentales: (1) que “en un principio la impugnación de la convocatoria de plazas de un concurso de promoción interna afecta a un grupo indeterminado y genérico de trabajadores, por lo que su impugnación puede canalizarse por la vía del proceso de conflicto colectivo”; (2) que, no obstante ello, “una vez que se ha producido la adjudicación de plazas a trabajadores determinados, aunque sea provisional, los adjudicatarios son portadores de un interés jurídico necesitado de tutela judicial, que no se puede defender por el cauce del conflicto colectivo”; (3) en fin, concluye de este modo que “el derecho a la tutela judicial efectiva de los concursantes designados en la decisión del concurso, sea cual sea el carácter o cualidad de la designación, exige que una vez producida la misma la vía para la impugnación de las decisiones de la empresa sea no la del conflicto colectivo, sino la del proceso ordinario, que es la única adecuada para hacer valer los intereses y derechos individuales en juego”.

C) Legitimación procesal del sindicato en procedimientos de conflicto colectivo

Trata la STSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2006, I.L. J 602, el tema de cuándo un sindicato está legitimado para interponer demandas por el proceso de conflicto colectivo. Tras señalar que el derecho a presentar demandas de conflicto colectivo por los sindicatos forma parte del contenido de la libertad sindical [artículo 2.2.d) de la LOLS], y que siempre debe cumplirse la condición de que el ámbito de actuación del sindicato se corresponda o sea más amplio que el del conflicto (artículo 152 de la LPL), también nos recuerda la sentencia que la legitimación exigida al sindicato para presentar demandas de conflicto colectivo no es meramente “abstracta”, sino que debe existir “un vínculo de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada”, es decir, algún tipo de dato o circunstancia que nos permita decir que el sindicato tiene algún tipo de interés legítimo en la cuestión objeto de controversia, pues no debe olvidarse que el TC ha venido disponiendo que “la importante función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad”.

Este vínculo de conexión del sindicato con el objeto de la controversia, que determina si el sindicato tiene o no efectivamente legitimación para actuar por el procedimiento de conflicto colectivo, debe medirse según la sentencia, conforme viene disponiendo el TC, en términos de “implantación”, concepto amplio que “no puede ser confundido con el de representatividad en el sentido en que este último es valorado por el ET para atribuir legitimación para la negociación colectiva de eficacia general o para la participación institucional”. Aun cuando el sindicato no tenga presencia en los órganos de representación unitaria, la apreciación de su implantación en el ámbito del conflicto, y por tanto su legitimación para ser parte en proceso de conflicto colectivo correspondiente, podría derivar de otras circunstancias, como por ejemplo, el nivel de afiliación en el momento de planteamiento del conflicto de que se trate. Por supuesto, el que la presencia del sindicato en los órganos de representación unitaria no sea necesaria a efectos de decidir si el mismo tiene implantación, de modo que ésta podría reconocerse aunque no se diera esta circunstancia, como acabamos de señalar, no quiere decir que la presencia del sindicato en los órganos de representación unitaria no pueda ser valorada como indicio de implan-

tación. Si el sindicato tiene presencia en tales órganos, deberá admitirse que el mismo estará legitimado para participar en los procesos de conflicto colectivo que tengan lugar en el ámbito de su competencia.

4. DERECHO DE HUELGA: EL LÍMITE DE LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD

Trata la **STC de 19 de junio de 2006**, I.L. J 928, dictada en relación a la huelga general del día 20 de junio de 2002 (convocada como se recordará contra el RD-L 5/2002, de 24 de mayo, de reforma del sistema de protección por desempleo) de los límites del derecho de huelga, y más concretamente del límite consistente en la necesidad de garantizar los servicios mínimos esenciales de la comunidad en los medios públicos de información (para más señas, en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión de competencia del Estado).

Se cuestiona en la referida sentencia, dictada en un recurso de amparo presentado por el sindicato convocante de la huelga, si es conforme a la Constitución un Decreto de servicios mínimos en el que se contienen los siguientes mandatos: (1) un mandato de considerar servicio esencial “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada”, y (2) un mandato de que se mantenga la “producción y emisión de la normal programación informativa”. Dicho de otra manera, se plantea si, en el sector de los medios de información referidos, es respetuoso con el derecho constitucional de huelga de los trabajadores definir como servicios mínimos el mantenimiento del régimen normal de programación mediante el recurso a programas grabados y la utilización del directo para presentar las informaciones de actualidad.

El TC resuelve que no. Por lo pronto, porque no es correcto establecer una equivalencia entre actividad informativa y servicios esenciales de la comunidad. Y ello por dos razones. Primero, porque, como ha venido diciendo la jurisprudencia constitucional, el concepto de servicios esenciales debe entenderse funcionalmente, como aquellos que, con independencia de cual sea su contenido o materia, repercutan en la satisfacción de los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, sin que quepa una definición *a priori* de ciertas o determinadas actividades productivas –particularmente las actividades informativas– como servicio esencial. Y, segundo, porque no cabe admitir que porque la Ley 4/1980, de 10 de enero, derogada por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de Radio y Televisión, defina como “servicio esencial” el servicio público de radio y televisión del Estado ello tenga que suponer que tal servicio es realmente esencial a efectos de limitar el derecho de huelga de los trabajadores. Semejante calificación legal se hace en el marco de una regulación que nada tiene que ver con el derecho de huelga, y que no puede por ello ser extrapolada sin más al ámbito de la huelga entendiéndose que toda la actividad informativa es servicio esencial. Al decir de la propia sentencia, la calificación en la Ley 4/1980 de los servicios de radio y televisión pública estatal como servicio esencial “está realizada desde una óptica distinta de la del derecho de huelga” de modo que consiguien-

temente “no puede suplir sin más y de principio la calificación del servicio como esencial de la comunidad desde el prisma normativo y constitucional del derecho de huelga”.

En relación a la consideración como servicio esencial “la emisión dentro de los horarios habituales de difusión de una programación previamente grabada”, el TC declara que se vulnera el derecho de huelga al tratarse de una limitación excesiva, que no se justifica por razones de tutela del derecho de información de los ciudadanos. Dice concretamente la sentencia que “aun admitiendo que pueda resultar concernido el derecho a comunicar y recibir información [artículo 20.1.d) CE] en aquellos supuestos en los que la programación previamente grabada revista un contenido o un interés primordialmente informativo” la definición como servicio esencial de la emisión de programas grabados “restringe de manera desproporcionada el derecho de huelga”. Es así puesto que “se trataría en todo caso de una información que obviamente puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, en esta ocasión sólo de 24 horas, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga”. Dicho de otra manera, la única información cuya divulgación podría ser considerada como servicio esencial limitativo del derecho de huelga sería la que implica transmisión de datos en tiempo real (en vivo y en directo).

Por lo que respecta a la calificación como servicio mínimo “la producción y emisión normal de la programación informativa”, también vulnera el derecho de huelga. Básicamente porque, dada “la obvia pluralidad, heterogeneidad y diversidad de contenidos que puede revestir y de hecho reviste la denominada en el Real Decreto impugnado, sin más concreciones, normal programación informativa”, sin una mayor precisión de lo que constituye tal normal programación informativa, “no puede considerarse justificada ni proporcionada la restricción que en este caso, atendiendo a la duración y extensión de la huelga convocada, se ha impuesto al derecho de huelga”. No puede dejar de recordarse al respecto, continúa la sentencia, que “mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual”, lo que también resulta aplicable “a la programación informativa durante la jornada de huelga, sin que pueda justificarse sin más la exigencia —por su carácter del todo desproporcionado— de una normal programación informativa”.

Nos recuerda la sentencia en general que siendo el derecho de huelga un derecho relativo, limitado por otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, la consideración de un servicio como esencial no puede representar la supresión total del derecho de huelga, sino sólo su limitación relativa, siempre de modo justificado y adecuadamente proporcionado. También que los servicios esenciales no pueden implicar, en consecuencia, el mantenimiento de la normalidad de la producción, de modo que los usuarios del servicio no perciban ningún tipo de alteración, pues esto supondría el completo exterminio funcional del derecho de huelga. Igualmente, que en la adopción de medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa debe ponderar el ámbito territorial de la huelga y su duración prevista, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente

protegidos sobre los que repercute la huelga. O, en fin, que la decisión que impone los servicios mínimos ha de estar adecuadamente motivada, con objeto de que los huelguistas conozcan las razones por las que su derecho se limita de modo que en su caso puedan defenderse adecuadamente ante los órganos judiciales.

Contiene un pronunciamiento similar, para un caso idéntico, la **STC de 19 de junio de 2006**, I.L. J 929. También la **STC de 19 de junio de 2006**, I.L. J 926, dictada en un caso no exactamente igual —se trataba ahora del Decreto de fijación de los servicios mínimos esenciales del Ente Público RTVE y de las sociedades estatales RNE, SA, y TVE, SA—. Esta resolución, sin embargo, no sólo se ocupa de examinar la cuestión de si el Decreto de servicios mínimos tiene una motivación verdadera (cuestión de fondo), sino, con carácter previo, la de si tiene una verdadera motivación (cuestión de forma). Comienza a estos efectos la sentencia recordándonos la doctrina del TC acerca de la motivación de los Decretos de fijación de servicios mínimos en casos de huelga. Concretamente, dice que el acto de fijación de los servicios esenciales de la comunidad “ha de estar adecuadamente motivado” lo cual supone que “la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación”. Siendo una decisión que comporta la limitación de un derecho fundamental, la motivación del acto limitativo del derecho de huelga es fundamental para que “los destinatarios (los huelguistas) conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó” de modo que “puedan defenderse ante los órganos judiciales”. Pesa por tanto sobre la autoridad gubernativa “el deber de explicar las razones que a su juicio legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole asimismo probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba”. Precisamente por todo ello —aclara la sentencia— no son suficientes “indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto”, sino que habrá de hacer explícitos los criterios seguidos para fijar el nivel de servicios mínimos en el caso.

Dicho esto, la sentencia entiende que el Decreto de servicios mínimos cumple adecuadamente las exigencias formales de motivación, con independencia de que, desde un punto de vista material o de contenido, las razones alegadas no sean suficientes, como hemos visto. Y cumple tales exigencias porque exterioriza explícitamente cuál es el criterio seguido para definir como mínimos los servicios de “emisión dentro de los horarios y canales habituales de difusión de una programación grabada y de producción y emisión de la normal programación informativa”. Concretamente, el criterio del que parte la motivación del Decreto de servicios mínimos es “la consideración como servicio público esencial la radiodifusión sonora y la televisión” y la consecuente “necesidad de garantizar la prestación ininterrumpida del servicio a los usuarios”. Es por tanto “en el derecho a la información del artículo 20.1.d) CE” en el que se ampara el Decreto de servicios mínimos, y así se desprende con claridad del mismo, para fijar los servicios mínimos. No cabe por tanto sino afirmar, como hace la sentencia, que “el Real Decreto recurrido aparece por consiguiente formalmente motivado desde el criterio de que la garantía del derecho a

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

la información exige el mantenimiento, sin interrupción de la programación, del servicio público de radio y televisión”, por lo que “cuenta con una motivación suficiente” y ello “al margen de la consideración que la misma deba merecer desde la perspectiva de su compatibilidad con el derecho fundamental de huelga”.

La **STC de 19 de junio de 2006**, I.L. J 927, también se ocupa del Decreto de servicios mínimos fijados para el Ente Público Radiotelevisión Española y las sociedades estatales TVE, SA, y RNE, SA, durante la huelga general de 20 de junio de 2002. La cuestión planteada es idéntica a la suscitada en las sentencias del TC a las que acaba de hacerse referencia, y también lo es el fallo y la argumentación utilizada para fundarlo. Existe si acaso un matiz o particularidad en este supuesto que merece ser destacado. Se trata de la habilitación que hace el Decreto de servicios mínimos para que el Director General del ente público RTVE pueda determinar el personal mínimo necesario a efectos de garantizar la cobertura adecuada de los servicios mínimos establecidos. La sentencia entiende que esta medida constituye una vulneración del derecho de huelga.

La sentencia nos recuerda que —con independencia de que se haya admitido en algunos casos la posibilidad de remitir la concreta fijación o puesta en práctica de los servicios mínimos a “instituciones derivadas de la autonomía colectiva”, a “las propias partes del conflicto”, e incluso de que la propia empresa pueda “completar técnica y funcionalmente las previsiones de la disposición sobre mantenimiento de los servicios esenciales”, “determinar su puesta en práctica” o en todo caso hacer propuestas a la autoridad gubernativa— conviene recordar que el papel de la autoridad gubernativa en la fijación de los servicios mínimos es “irrenunciable”, pues sólo a ella, en cuanto dotada de imparcialidad, “corresponde la determinación de las medidas necesarias para el mantenimiento de los servicios mínimos”. No cabe, en consecuencia, que “la tarea que legalmente viene impuesta a la autoridad gubernativa se abandone en manos del empleador”. El apoderamiento a favor del Director General del ente público RTVE, que no es autoridad gubernativa, supone consiguientemente la vulneración del derecho de huelga en la medida en que excede o va más allá de una tarea de “mera ejecución”. La determinación del número de trabajadores a los que pueda exigirse prestación de trabajo en situación de servicios mínimos es más que mera ejecución o puesta en práctica de una limitación del derecho de huelga previamente definida: constituye, por el contrario, la esencia de la determinación del límite a la huelga; y, obviamente, esta decisión no puede delegarse en quien no ofrece mínimas garantías de imparcialidad.

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (COORDINADORA)

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Legitimación para negociar. 2. Contenido “normativo”. 3. Duración. 4. Ámbito personal. 5. Concurrencia de convenios. 6. Impugnación del convenio colectivo. 7. Administración del convenio colectivo.

De las sentencias reseñadas, incluidas en los números 13 a 16, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2005, de Lex Nova, la más relevante es, por la cuestión tratada y la solución a que llega, la del TS de 13 de octubre de 2005, dictada en casación ordinaria y resolviendo la cuestión del cauce procesal adecuado para el conocimiento de la pretensión que persigue el reconocimiento de legitimación para negociar un convenio que aparece ya firmado y registrado en el momento en que se presenta la correspondiente demanda.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

– Momento en que ha de acreditarse.

Apunta que dicho momento es el de la constitución de la comisión negociadora del convenio la **STS de 8 de octubre de 2005**, I.L. J 2011:

“Si la confederación sindical demandante, en la fecha de constitución de la mesa negociadora del convenio, contaba con un diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en todo el Estado, tenía derecho a formar parte de la mesa negociadora y su preterición sería determinante de la nulidad de la constitución de aquella mesa. De no ser así, la pretensión carecería del indispensable sustento legal.”

– En el grupo de empresas o entes empleadores que actúan bajo una dirección unitaria.

Una vez sentado que tal es la situación que subyace en la negociación del convenio colectivo que afecta al ente público RTVE y a sus sociedades (Televisión Española, SA y Radio Nacional de España, SA), la legitimación para negociar en representación de los trabajadores corresponde a los sindicatos que reúnan las condiciones fijadas en el artículo 87.2

del ET, careciendo de ella aquel que no cuente en el ámbito geográfico y funcional del convenio con un mínimo del 10% de los representantes unitarios (STS de 10 de octubre de 2005, I.L. J 1977).

– Para la válida constitución de la comisión negociadora de convenios supraempresariales.

La mayoría absoluta de representantes unitarios con la que deben contar los sindicatos que pretendan dicha constitución, a la que se refiere el artículo 88.1, párrafo segundo, del ET, ha de calcularse sobre el total de los representantes elegidos en el ámbito del convenio que se trata de negociar, no sobre el total de los pertenecientes a los sindicatos que cuenten con legitimación negociadora “inicial” (STS de 22 de noviembre de 2005, I.L. J 2073):

”Cuando el artículo 88.1 (párrafo) segundo (ET) establece los requisitos de legitimación para conformar el banco social en una comisión negociadora de un convenio supraempresarial como el que aquí se trata de negociar, contiene dos previsiones que no se pueden mezclar por contener cada una de ellas sus propias exigencias; así, por una parte prevé que en la comisión negociadora sólo tienen legitimación para participar los sindicatos que tengan la condición de representativos que requiere el artículo 87, pero, por otra parte y con independencia de lo anterior, requiere que esos legitimados para la negociación ‘representen como mínimo (...) a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal’, o sea, de todos los representantes electos en el ámbito del convenio. La representatividad requerida por el artículo 87 a la que se refiere la primera exigencia del apartado citado del artículo 88 es lo que se conoce como legitimación inicial o básica que sólo requiere un mínimo del 10% de representatividad y la segunda la que se conoce como legitimación plena o negociadora que requiere un mínimo de la mitad más uno de representatividad.

(...)

La interpretación que mantiene la recurrente, con no estar acomodada a las exigencias legales, conduciría a aceptar la existencia de convenios con fuerza vinculante normativa, o sea, con rango de norma jurídica (...), que, suscritos por una minoría de representantes, obligarían a la mayoría contrariando principios mínimos de producción democrática de normas.”

– Cauce procesal para su reconocimiento.

La determinación de dicho cauce depende del momento en que se ejercita la acción y, en concreto, del estado en que se encuentra el convenio colectivo en la fecha en que se presenta la correspondiente demanda. Si el convenio está ya firmado y registrado, el cauce procesal adecuado para conocer de la pretensión deja de ser el del procedimiento especial de conflicto colectivo y pasa a ser el también especial de impugnación de convenios colectivos (STS de 13 de octubre de 2005, I.L. J 2112).

VIII. Negociación Colectiva

– De las asociaciones empresariales.

Tratándose de un convenio sectorial, que incluye en su ámbito funcional diversos subsectores, el porcentaje de empresarios que permite que una asociación empresarial cuente con legitimación inicial no puede calcularse computando exclusivamente a aquellos que ejerzan su actividad en la totalidad del ámbito funcional y geográfico del convenio. Debe incluirse cualquier empresario “que en el ámbito territorial se dedique a alguna de las actividades que integran el marco funcional del convenio”. Por otro lado, la obtención de aquel porcentaje ha de ir referida al conjunto de los subsectores a los que se extiende éste; no basta con alcanzarlo en alguno cuando ello no supone que la correspondiente asociación empresarial agrupe, como mínimo, en el ámbito funcional y territorial del convenio, al diez por ciento de empresarios que den ocupación a igual porcentaje de trabajadores (STS de 21 de noviembre de 2005, I.L. J 2203).

2. CONTENIDO “NORMATIVO”

Sobre la posibilidad que tiene el convenio colectivo de pactar condiciones de trabajo —en el caso de autos, la jornada correspondiente a un grupo de trabajadores— menos ventajosas que las establecidas en otro anterior, STS de 22 de diciembre de 2005, I.L. J 2164:

“La facultad de los negociadores del convenio es omnímoda, no quedando limitada nada más que por los mandatos de la ley. La forzosa persistencia de condiciones más ventajosas de los convenios colectivos era un mandato legal en las Leyes de 1958 y 1973, que no fue incorporado al Estatuto de los Trabajadores. En los convenios colectivos negociados a su amparo (...) se pueden pactar condiciones más onerosas que las vigentes a su entrada en vigor, principio que se ha dado en denominar principio de modernidad, consagrado en el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores.”

3. DURACIÓN

– Aplicación retroactiva de los efectos económicos.

Limitándose el convenio a disponer, sin más, dicha aplicación retroactiva, no se opone a ella el hecho de que se pretenda con respecto a trabajadores cuyos contratos de trabajo, aunque ya extinguidos en la fecha de entrada en vigor de aquél, no lo estaban en el período al que se extiende la retroactividad (STS de 19 de septiembre de 2005, I.L. J 1686).

– Ultraactividad.

La previsión del artículo 86.3 del ET, según la cual una vez concluida la duración pactada del convenio denunciado se mantendrá en vigor, en defecto de pacto, su contenido normativo, no puede ser entendida en un sentido literal, de forma que dicha ultraactividad

se mantenga indefinidamente, hasta que se alcance acuerdo sobre el convenio que haya de sustituir al anterior. Tal ultraactividad concluye en el momento en que conste el abandono, por ambas partes, del propósito de negociar ese nuevo convenio. Así, **STS de 11 de noviembre de 2005**, I.L. J 1872, en relación con un supuesto de convenio de empresa denunciado y vencido, respecto al cual consta que ésta y los representantes de los trabajadores han dejado de intentar, desde hace años (1983), la negociación de uno nuevo que lo sustituya y, además, se viene aplicando otro de sector:

“Dicha previsión normativa (la del artículo 86.3 ET) puede interpretarse bien en su estricto sentido literal, de forma que sólo mediante un acuerdo entre las partes podría desaparecer aquella fuerza vinculante que en tal sentido tendría una hiperactividad sin límite, bien aceptando, como lo hace la mayor parte de la doctrina, que un convenio colectivo, aun admitiendo que no puede dejar de aplicarse por el solo hecho de que la empresa no quiera negociar uno nuevo, tampoco puede durar de forma indefinida por la sola voluntad de los trabajadores derivada del hecho de la denuncia, entendiendo, por ello, con un criterio de interpretación sistemático y finalista, que lo que quiere decir dicho precepto al señalar que ‘se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio’, es que este contenido se mantendrá hasta tanto no se logre un acuerdo expreso si siguen las negociaciones de uno nuevo (...) o hasta que se abandone la negociación de un nuevo acuerdo por ambas partes como consecuencia de la existencia de un convenio de ámbito superior sustitutivo de aquél. Esta segunda interpretación ya ha sido aplicada por esta Sala en STS de 6 de noviembre de 1998 (recurso 1688/1998) (...).

En el presente caso no se ha producido ninguna negociación revisoria del convenio colectivo de empresa desde el año 1983, y no ha habido ninguna denuncia de vigencia del mismo desde el año 1991; por otra parte, consta desde el año 1983 la voluntad empresarial de no negociar un convenio de empresa basada en la existencia de un convenio de sector, sustitutorio de aquél, con lo que es fácil llegar a la conclusión de que hubo un abandono definitivo de la negociación de aquel antiguo convenio por ambas partes fundado en una causa justificativa; todo lo cual conduce a concluir que aquel convenio ha perdido la fuerza normativa que tuvo en su origen, y que ésta no puede seguir defendiéndose al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 86.3 ET.”

4. ÁMBITO PERSONAL

Sobre la posibilidad de que la retroactividad de los efectos del convenio comporte la aplicación a personas que en la fecha de entrada en vigor hubiesen cesado en la empresa afectada, **STS de 19 de septiembre de 2005**, I.L. J 1686.

5. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

La aplicación de la regla del párrafo primero del artículo 84 ET requiere la “vigencia” del convenio anterior afectado; tal presupuesto no se da cuando este convenio se encuentra

VIII. Negociación Colectiva

en situación de *ultraactividad*. Así, **STS de 21 de diciembre de 2005**, I.L. J 2176, con cita de sentencias anteriores de igual Tribunal [en concreto, de las de 23 de octubre de 1995 (recurso 2054/1994) y 2 de febrero de 2004, I.L. J 72, esta última dictada en casación para la unificación de doctrina (véase su reseña en el núm. 20 de esta misma Revista)]:

“El período de vigencia a que el precepto se refiere no puede incluir el posible período de *ultraactividad* del artículo 86.3 ET, pues se trata de dos conceptos diferentes.”

Por lo demás, también advierte la sentencia de la que ahora se da cuenta, siguiendo de nuevo la doctrina de otras anteriores que menciona expresamente, que el efecto derivado de la prohibición de la concurrencia de convenios que contiene el citado artículo 84 del ET no es la nulidad del convenio invasor, sino su inaplicación temporal mientras mantenga su vigencia el convenio anterior invadido:

“Una reiterada doctrina de esta Sala parte de la base de que lo que en dicho precepto se establece no es una previsión de nulidad del convenio que nace a la luz cuando se hallan vigentes otros convenios, sino que, partiendo de su validez inicial, lo que realmente dispone el legislador es que no podrá ser aplicado en aquellos lugares o ámbitos en los que ya se estuviera aplicando otro que se halle en vigor en ese momento; es lo que se conoce como ineficacia aplicativa frente a nulidad. En tales casos, (...) los dos convenios permanecen vigentes y válidos pero sólo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia para pasar a ocupar su lugar el nuevo cuando aquél pierda la vigencia pactada.”

6. IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

La firma y el registro del convenio determinan que la posterior demanda tendente a obtener el reconocimiento de la legitimación para negociar comporte el poner en cuestión la validez de éste. Persiguiéndose, pues, el reconocimiento del derecho a formar parte de la mesa negociadora de un convenio colectivo ya firmado y registrado, el cauce procesal adecuado para conocer de la correspondiente pretensión deja de ser el procedimiento especial de conflicto colectivo y pasa a ser el procedimiento, también especial, de impugnación de convenios colectivos. Tal es el criterio que sigue la **STS de 13 de octubre de 2005**, I.L. J 2112. Las circunstancias expuestas —firma y suscripción del convenio— impiden, a juicio de la Sala, la aplicación al caso de la doctrina establecida en su sentencia de 21 de octubre de 1997 (recurso 423/1996), en la que se aceptó la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo:

“La demandante presentó papeleta de conciliación que tuvo lugar el 15 de mayo de 2002 (...), presentó demanda de conflicto colectivo el 24 de septiembre de 2002, habiéndose aprobado el convenio colectivo el 30 de julio de 2002 (...), es decir, posterior a la aprobación y registro del convenio colectivo. En tales circunstancias no cabe impugnar uno de los presupuestos de validez sin extender dicha impugnación al acuerdo negociado pues al haber sido aprobado, registrado y publicado, la condición autónoma de que gozaría, en otro caso, la cuestión sobre legitimación para intervenir desaparece (...), deviniendo también inadecuado el trámite procesal mediante el cual se ha dirimido la pretensión.”

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

– Por las comisiones paritarias.

Sobre la distinción entre comisiones de negociación y comisiones de interpretación y la posibilidad de excluir de estas últimas al sindicato no firmante del convenio colectivo, **STS de 14 de octubre de 2005**, I.L. J 2114, reproduciendo la doctrina sentada por la sentencia de igual Sala y Tribunal de 29 de enero de 2004 (recurso 8/2003).

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.

6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A) Concepto de accidente. B) Responsabilidad del empresario. C) Recargo de prestaciones. **9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones.**

10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. A) Dinámica de la prestación.

B) Incapacidad temporal y regímenes especiales. **12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.** A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social. B) Efectos de la sentencia firme.

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La STS de 15 de noviembre de 2005, I.L. J 750, se pronuncia respecto a la interposición de un recurso para la unificación de doctrina interpuesto por la TGSS en el que lo debatido son los criterios empleados por el TS respecto a la impugnación de los actos de la Tesorería General de la Seguridad Social que se pronuncian sobre el alcance temporal de los actos de encuadramiento. Sobre este extremo, la Sala manifiesta que no ha mantenido un criterio uniforme acerca de esta cuestión, recordando que tras la STS de 30 de abril de 2002 sobre el denominado caso de los subagentes, y en otras dictadas con posterioridad, ha aceptado la existencia de un interés actual en la impugnación de las declaraciones

sobre el alcance temporal de los actos de encuadramiento, si bien admite que esta interpretación aún no cuenta con una elaboración suficientemente precisa. Con el fin de armonizar las diferencias, la Sala parte de entender el reconocimiento del acto administrativo de encuadramiento como un acto formal, cuya eficacia se produce fuera de él en el marco de relaciones materiales de cotización y prestación. Por ello, vuelve a recordar que las declaraciones de retroactividad del encuadramiento que está realizando la TGSS no resuelven ningún problema de gestión, exceden de su competencia, crean confusión y están produciendo una litigiosidad artificial e injustificada, como muestra el presente recurso. Pero mientras sigan produciéndose entiende que la solución no puede ser la de negar a los afectados la posibilidad de reaccionar frente a ellas. Hay un interés en eliminar un acto administrativo que restringe de forma indebida los efectos de un encuadramiento, creando incertidumbre y estableciendo, con apariencia de firmeza y de ejecutividad, una restricción en la esfera jurídica de los interesados. Por todo ello, la Sala acaba desestimando el recurso interpuesto por la TGSS, manifestando que la solución está en anular la declaración de retroactividad del encuadramiento realizado por la TGSS, sin perjuicio de lo que pueda resultar a la hora de enjuiciar esos efectos en el ámbito adecuado.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Reconocimiento de pensión de jubilación en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. Cómputo de cotizaciones al Montepío Marítimo Nacional. El Tribunal Supremo, en la **STS de 10 de mayo de 2006**, I.L. J 736, aplica su doctrina de reconocimiento de las cotizaciones a Montepíos y entidades que actuaron con carácter sustitutivo del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). En el supuesto planteado el INSS denegó al trabajador la pensión de jubilación en el régimen del SOVI por no acreditar suficientes cotizaciones, no considerando válidas las que en su día realizó el trabajador al Montepío Marítimo Nacional. El Tribunal Supremo constata de los precedentes normativos que el Montepío Marítimo Nacional, creado con anterioridad al Régimen del SOVI en el año 1934, se mantuvo fuera del régimen del SOVI hasta su integración en el Instituto Social de la Marina en el año 1974. Entiende pertinente el Tribunal seguir los pronunciamientos habidos para entidades similares como, por ejemplo, el Montepío Nacional de Servicio Doméstico (STS de 7 de mayo de 1997), la Caja de Trabajadores Portuarios (STS de 9 de diciembre de 2002, precisamente la alegada por el recurrente como sentencia de con-

traste) y la Institución Telefónica de Previsión (SSTS de 27 de junio de 2002, de 23 de febrero de 2004), a efectos de conseguir las prestaciones del extinguido SOVI. Al igual que en las entidades mencionadas, el carácter sustitutorio de las cotizaciones al Montepío Marítimo Nacional así como su posterior integración en el sistema de la Seguridad Social, determinan la validez de la cotización al SOVI.

Pensión de jubilación del SOVI. Alcance de la responsabilidad empresarial por tiempos no cotizados. Trabajos prestados con posterioridad al Decreto 93/1959. La solicitud de la pensión de jubilación de la recurrente, que estuvo trabajando de 1959 hasta 1969 como profesora de enseñanza secundaria, fue denegada por el INSS por no haber acreditado suficientes cotizaciones para obtener la pensión de jubilación en el SOVI ya que en dos de los colegios donde trabajó no consta como cotizado todo el tiempo en que la actora prestó sus servicios. Tampoco reconoce el INSS las cotizaciones derivadas del tiempo que la actora prestó sus servicios como funcionaria interina. Respecto a este último punto, la **STS de 16 de mayo de 2006**, I.L. J 741, aquí analizada, mantiene que la actividad desarrollada por la actora en su condición de funcionaria interina no podía integrarse ni en el Sistema de Clases Pasivas —que sólo admitía a funcionarios de carreras— ni tampoco en la pretendida afiliación al Mutualismo Laboral ya que sólo la Mutualidad de Enseñanza Primaria admitía a funcionarios interinos mientras que la recurrente ejerció como profesora de secundaria. El Tribunal señala que no han quedado acreditadas de forma suficiente las cotizaciones pero acoge el fundamento de la recurrente sobre la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad empresarial por falta de cotización a los centros privados demandados. Según el Tribunal Supremo cuando la propia Sala ha mantenido que sólo sirven las cotizaciones efectivamente realizadas para completar el período de cotización exigible en el SOVI, dicha limitación se debía a la imposibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad empresarial que se aprobó con el Decreto 93/1959 en los supuestos enjuiciados. Sin embargo, dado que toda la actividad de la recurrente transcurrió con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Decreto, debe aplicarse la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación de dar de alta y afiliar al trabajador. Aplica aquí el Tribunal Supremo el criterio de atenuación de la responsabilidad empresarial en función de si el incumplimiento de éste repercutió negativamente para acceso a la protección. En este sentido, el Tribunal no considera que la falta de alta concurrente implique responsabilidad en este caso ya que este requisito no es necesario para acceder a las prestaciones del SOVI. Para el Tribunal la determinación de la responsabilidad en este caso “debe atenerse exclusivamente a los descubiertos de cotización, que son los que tienen relevancia en el funcionamiento de la protección”. En consecuencia el Tribunal sólo aprecia responsabilidad por los días no cotizados que son necesarios para completar el período de cotización exigible de 1800 días, a dividir proporcionalmente entre las dos empresas implicadas.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

Es interesante la doctrina contenida en la STS de 9 de mayo de 2006, I.L. J 735, según la cual se considera accidente de trabajo aquel que sucede en el lugar de trabajo, fuera de las horas de prestación efectiva, mientras el fallecido realizaba su comida. En el caso analizado, cabe afirmar que el accidente sobrevino durante la jornada de trabajo, porque en supuestos como el presente es práctica generalizada que los trabajadores dedicados a la construcción realicen sus comidas de medio día en el propio centro de trabajo, por las dificultades que entraña la satisfacción de esta necesidad en su domicilio y el coste adicional que supondría comer en un establecimiento público.

El hecho de que una enfermedad de etiología común (la gonartrosis) se revele exteriormente con posterioridad a un accidente de trabajo, no dota a la misma, sin más, de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de la anterior dolencia en la aparición de la patología de referencia, prueba que en modo alguno se ha realizado. Es por ello que no existiendo prueba objetiva alguna que demuestre tal vinculación, debe rechazarse la calificación de accidente laboral (STSJ de Cantabria de 8 de marzo de 2006, I.L. J 819).

B) Responsabilidad del empresario

La STS de 28 de abril de 2006, I.L. J 656, confirma la doctrina unificada de la responsabilidad empresarial en un caso en el que el alta del trabajador tuvo lugar a las 18:51 horas del mismo día que había sufrido el accidente de trabajo (a las 11 horas). En el presente caso se produce una infracción de lo dispuesto en el artículo 32.3.1 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliaciones, Altas, Bajas y variaciones de datos de Trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero. Todo ello conduce a la estimación del recurso de la Mutua.

Señala la STS de 28 de junio de 2006, I.L. J 997, que un descubierto continuado anterior al accidente de dos años menos tres días, revela una inequívoca voluntad infractora y una actitud rebelde y contumaz de la empresa respecto al cumplimiento de sus obligaciones contributivas. De ello se deduce la responsabilidad del empresario y la condena al abono de las cantidades anticipadas por la mutua patronal, y la condena al INSS en concepto de responsable subsidiario –en caso de insolvencia– del pago de tales prestaciones.

C) Recargo de prestaciones

Según la STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2006, I.L. J 771, nos encontramos con la imposición de un recargo de prestaciones que procede a partir de los hechos contenidos en las actas de la Inspección de Trabajo en las que recae la presunción de certeza, que alcanza a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa

por el Inspector, a los inmediatamente deducibles de aquéllos y a aquellos que resulten acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta, como documentos o declaraciones incorporados a la misma.

También se da la existencia de recargo de prestaciones en la **STSJ de Navarra de 11 de abril de 2006**, I.L. J 825. Según los hechos probados, la carga estaba defectuosamente atada al emplearse latiguillos metálicos —en lugar de eslingas— transportándose incorrectamente al permanecer el trabajador accidentado cercano a la carga. Y si dichos incumplimientos, como se constata, fueron ejecutados en presencia de los demás trabajadores y del encargado de obra, resulta que incluso teniendo en cuenta la categoría profesional del trabajador accidentado, lo cierto es que la empresa con su pasividad en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales de sus trabajadores, que no excluye categoría profesional alguna, incurrió en culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pues es aquella quien en definitiva se encuentra obligada a velar, directa o indirectamente, por el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene reglamentariamente previstas.

Por el contrario, en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de marzo de 2006**, I.L. J 811, no se estima, argumentando que se produce la imprudencia del trabajador por el hecho de que él mismo reconoció en la cláusula undécima del contrato de trabajo haber sido formado e informado respecto al puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria y tenía acreditada, además, la realización de un curso de especialista de grúa de 300 horas, siendo precisamente el puesto de gruista el que desempeñaba en el momento del accidente, por lo que procedería una interpretación restrictiva de la norma sancionadora del artículo 123 LGSS.

Para la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006**, I.L. J 848, el ayuntamiento para el cual prestaba sus servicios el trabajador es el responsable del recargo de prestaciones, y no la mancomunidad que gestionaba el servicio. Según la sentencia, el trabajador accidentado prestaba sus servicios como peón adscrito al camión de recogida de basura que desarrollaba su labor exclusivamente en el término municipal del ayuntamiento, figuraba como trabajador de su plantilla y le era abonada su retribución salarial por tal ayuntamiento, con lo que la condición de empleador único del mismo por parte del ayuntamiento es evidente. Y el responsable del pago del recargo ha de ser el empresario que genera el riesgo causante del accidente, tal como dispone el artículo 123.2 LGSS, empresario que viene a coincidir en este caso con el del trabajador accidentado, sin que haya razón válida para extender la responsabilidad a la Mancomunidad citada por el solo hecho de gestionarse a través de la misma el servicio de recogida de basuras de ese y otros municipios y figurar como titular administrativa del camión con el que se accidentó.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

En la **STS de 5 de junio de 2006**, I.L. J 971, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión debatida consiste en determinar si la Seguridad Social está obligada a financiar los gastos originados por la adquisición de una bomba de infusión de insulina para el tratamiento de una paciente, hija de un beneficiario de la Seguridad Social, cuyos gastos ascienden a 7.459 euros y cuyo reintegro se solicita en la demanda. Según la Sala, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha insistido en que en el ámbito de la prestación farmacéutica no rige el principio de cobertura íntegra, y aun no siendo la bomba de insulina una prestación farmacéutica, sino un accesorio de la misma, no rige respecto a ella el principio de cobertura íntegra, en donde la responsabilidad de la Seguridad Social sólo alcanza a lo expresamente indicado en Leyes y Reglamentos.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

La **STSJ de Extremadura de 11 de abril de 2006**, I.L. J 838, entiende que existe trasgresión de la buena fe contractual susceptible de despido, en aquellos casos en que el trabajador, vigilante de seguridad, y en situación de incapacidad temporal, trabajó durante dicho período como portero de seguridad en un local de copas. Según la Sala, la realización de cualquier trabajo por cuenta propia o ajena durante la situación de incapacidad temporal constituye una clara trasgresión de la buena fe cuando ésta es compensada con fondos públicos, no pudiendo considerarse como transgresión de la buena fe contractual la realización de actividades durante la incapacidad temporal, cuando tales actividades, en atención a las circunstancias concurrentes, y en especial a la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, no son susceptibles de perturbar el proceso de curación, ni evidencian la aptitud laboral de trabajar con consiguiente vinculación en perjuicio de la empresa.

La **STS de 31 de mayo de 2006**, I.L. J 876, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, discute sobre la procedencia de incluir los complementos de turnicidad y nocturnidad en el importe del 100% fijado en el artículo 44 del convenio colectivo de aplicación en cuanto establece un complemento de la prestación económica a percibir del régimen de la Seguridad Social en las situaciones de incapacidad temporal. La Sala entiende que cabe incluir entre los complementos salariales dichos complementos de turnicidad y nocturnidad ya que el importe correspondiente a los cuestionados pluses se integra en la retribución ordinaria de cada trabajador que ha de prestar sus servicios en régimen de turnos fijados con antelación. Además, los negociadores del Convenio quisieron asignar a dicho complemento salarial, el carácter de retribución normal y ordinaria para los trabajadores que realizaran su cometido laboral en régimen de turnos y durante la noche.

Según la STS de 3 de mayo de 2006, I.L. J 897, el agotamiento del plazo máximo de la incapacidad temporal no implica el pase automático a la situación de incapacidad permanente si no se constata la incapacidad para el trabajo. Lo que determina el transcurso de ese plazo es que la situación del interesado deba ser examinada en el término que se indica en orden a su calificación como incapacidad permanente o que, si se demora esa calificación, se prorrogue la incapacidad temporal. Pero la obligación de proceder al examen en orden a la calificación no implica que se produzca ésta si no se constata la incapacidad.

B) Incapacidad temporal y regímenes especiales

En la STS de 23 de mayo de 2006, I.L. J 910, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión que se plantea consiste en determinar si ha de reconocerse o no el derecho a la prestación de incapacidad temporal a una trabajadora afiliada al RETA en situación de baja médica que, no cumpliendo en el momento de la contingencia determinante de la incapacidad el requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones, satisface posteriormente las cuotas adeudadas, entendiendo la Sala que no es posible.

En la STS de 9 de junio de 2006, I.L. J 940, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión que se plantea es el alcance del requisito de estar “al corriente” en el pago de las cuotas que exigen diversas disposiciones del sistema de la Seguridad Social para reconocer el derecho a unas u otras prestaciones sociales, entendiendo la Sala que en el REA, es requisito indispensable para el reconocimiento de la incapacidad temporal, el que el sujeto esté al corriente en el pago de las cuotas, habiendo sucedido en el caso de autos que el actor estaba en descubierto en el pago de cuotas varios meses en el momento del hecho causante.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia en la materia.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La STS de 30 de marzo de 2006, I.L. J 594, determina qué régimen (el general o el RETA) debe conceder una pensión cuando, afiliado sucesivamente a uno de los dos, el beneficiario acredita en ambos los requisitos precisos para causar pensión: si aquél en el que acredite mayor número de cotizaciones, o el último en el que estaba encuadrado y en alta en la fecha del hecho causante. La diferencia entre aplicar uno u otro radicaba en la integración de lagunas, prevista en el artículo 140.4 LGSS para el régimen general mas no en el RETA, ya que la Disposición Adicional Octava LGSS no establece su aplicación en los regímenes especiales; y en el aire se halla la posibilidad de que resulte más perjudicial

completar la carencia en un segundo régimen distinto al General. La solución adoptada por el Tribunal, al amparo de lo establecido en el artículo 35 del Decreto 2530/1970, es la de que la pensión debe concederse por el régimen en el que se hallaba el causante afiliado y en alta al momento de solicitar la pensión, dado que reunía en tal régimen los requisitos para ello, y que la posibilidad de causar la pensión un régimen al que se hubiera cotizado anteriormente queda restringida en el precepto legal señalado a los supuestos en los que no se acreditasen los requisitos necesarios para causar pensión en el RETA.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

La STS de 16 de mayo de 2006, I.L. J 714, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo en la que se señala que el artículo 2.a) de la LPL establece que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre materia de Seguridad Social y el artículo 3.1.a) del mismo texto legal, sólo exceptúa de esta atribución las resoluciones dictadas por la TGSS en materia de recaudación –hoy habría que incluir la materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social–, y las decisiones asimiladas en esta materia de otros organismos gestores. Esta atribución alcanza, por tanto, a todas las pretensiones que se formulen en relación con los actos administrativos de Seguridad Social, que afecten a los actos de encuadramiento y a la acción protectora. Pero la jurisdicción se extiende al control judicial pleno del acto administrativo y ello tanto en lo que se refiere al contenido material de éste, como a sus aspectos formales y, concretamente, a los relativos al procedimiento. La atribución competencial no está limitada al contenido sustantivo de los actos, sino que se refiere de forma amplia a todos los litigios en materia de Seguridad Social –con la excepción ya indicada–, sin ningún límite en función del carácter material o formal de la causa de impugnación del acto. No es, por tanto, aplicable aquí el criterio de los denominados “actos separables”, que se recoge en el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Respecto al derecho de los demandantes previsto con anterioridad al año 2000 a percibir la pensión de viudedad del Régimen de previsión de asistencia médico-farmacéutica y accidentes de trabajo, tratándose de un régimen sustitutorio de la Seguridad Social no permite entender que el mero incumplimiento por la Administración de su deber de

reglamentar los derechos de los asegurados lleve consigo la pérdida de los derechos, sino su mera modulación, lo que hace que subsistan los derechos de los pensionistas que lo eran con anterioridad a la fecha expuesta. De ahí que pueda defenderse la competencia del orden jurisdiccional social (STS de 5 de julio de 2006, I.L. J 1035).

B) Efectos de la sentencia firme

Según la STS de 3 de mayo de 2006, I.L. J 721, en el caso de la impugnación judicial del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la empresa tiene derecho a que la TGSS le devuelva el total de lo consignado, sin deducir lo abonado al beneficiario, en base a lo previsto en el artículo 91 del RD 1637/1995, según el cual “Cuando por sentencia firme se anulare o se redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua o, en su caso, la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alícuota, respectivamente, del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna”.

En la STS de 13 de junio de 2006, I.L. J 983, se aprecia el efecto positivo de cosa juzgada en relación con la declaración de la contingencia determinante de una incapacidad permanente cuando, en un pleito anterior, ya se había establecido cuál era esa contingencia en la incapacidad temporal de la que derivaba el proceso de incapacidad permanente. Y, aunque el primer pleito se concreta exclusivamente a las prestaciones de IT en él reclamadas, es susceptible de trascender esta decisión para proyectarse sobre todos los procesos en que vuelva a surgir esta cuestión en relación con otras prestaciones.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario*:**

Consideración preliminar. **1. Prestación por desempleo.** A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) *Compatibilidad e incompatibilidades*. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) *Compatibilidad e incompatibilidades*. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) *Gestión, financiación y pago*. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) *Derecho transitorio*. e) Jubilaciones anticipadas. f) *Compatibilidad e incompatibilidades*.) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) *Compatibilidad e incompatibilidades*. C) *Gestión, financiación y pago*. D) *Previsión social voluntaria*. a) Mejoras voluntarias b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) *Compatibilidad e incompatibilidades*. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) *Compatibilidad e incompatibilidades*. C) Lesiones permanentes no invalidantes. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 5 a 8 del año 2006 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 585 a 1120).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

En la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2006, I.L. J 1080, se resuelve acerca de la cuantía de la prestación por desempleo en el caso de una trabajadora que ejerce su derecho a reducción de jornada por guarda legal y posteriormente se le extingue su contrato en virtud de expediente de regulación de empleo.

La actora solicita la prestación por desempleo que le es reconocida por resolución del INSS que señala una base reguladora de 28,15 euros/día correspondiente a las cotizaciones por 5 horas/día de trabajo. La actora reclama una base de 45,74 euros/día, acorde con su salario normal sin reducción temporal y por el que hubiese cotizado los últimos tres meses si no estuviese en situación de reducción de jornada.

La Sala del TSJ de Cataluña ha dictado ya varias sentencias reconociendo que en el supuesto de desempleo en el caso de reducción de jornada por guarda legal había de computarse como a tiempo completo, y no podía reducirse la prestación, e incluso ha planteado respecto de este tema al menos dos cuestiones de inconstitucionalidad.

Si bien, curiosamente, a pesar de la trayectoria seguida por esta Sala, el fallo en esta ocasión es contrario a la postura mantenida por este Tribunal en anteriores ocasiones, debido al cambio de criterio del Tribunal Supremo, el cual después de varios pronunciamientos en los que entendía que una aplicación literal del artículo 211 LGSS no concordaba con la protección a la familia que propugna el derecho y que implicaba que no hubiera ningún

tipo de repercusión por el uso del derecho relacionado con los menores y su cuidados, que lógicamente tienen que ver con la maternidad y la paternidad pues ambos progenitores pueden hacer uso de tal derecho —el uso de la jornada reducida para el cuidado del menor— en la STS de 27 de octubre de 2004 vuelve al criterio anterior de interpretación restringida del artículo 211 LGSS, y ello como es sabido obliga al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El TS entiende a partir de ese momento que la jornada reducida, no tratándose como tiempo parcial, no puede contemplarse a ningún efecto como si fuera completa.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

En la STS de 3 de mayo de 2006, I.L. J 715, se resuelve el recurso presentado por una trabajadora, funcionaria interina, ante la denegación de la prestación por desempleo por su incompatibilidad con la indemnización acordada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana de fecha 22 de diciembre de 1995.

La Sentencia que recurre la demandante es la dictada por la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana de 1 de febrero de 2005 en la que se confirma la dictada en su día por el Juzgado de instancia, confirmatoria de la decisión administrativa tomada por el Instituto Nacional de Empleo, que inició de oficio expediente de revisión de la prestación por desempleo concedida a la demandante reclamándole por cobro indebido dicha prestación.

La Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana viene declarando la incompatibilidad de la prestación por desempleo con los salarios de tramitación derivados del reconocimiento de la improcedencia o nulidad del despido y aun cuando el supuesto sea anterior a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que en su reforma del artículo 209 LGSS establece expresamente dicha incompatibilidad.

Si bien, en el caso planteado en esta ocasión no nos encontramos ante un trabajador al que el órgano del Orden Jurisdiccional Social, tras declarar la improcedencia del despido, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56.1 del ET y 110.1 LPL, le ha reconocido el derecho al percibo de la indemnización tasada y a los salarios de tramitación devengados pertinentes, sino ante el supuesto de una funcionaria interina a la que, tras declarar ilegal su cese por el Órgano administrativo competente de la Generalidad Valenciana, y ante la imposibilidad de reincorporación de la funcionaria interina al puesto de trabajo que desempeñaba, le reconoce el derecho al percibo de una indemnización, sin que lógicamente dicha sentencia le reconozca cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, al ser inaplicable la normativa reguladora de la relación laboral.

Precisamente esa falta de previsión legal específica hace que no pueda darse el tratamiento de salarios de tramitación a la cantidad recibida por la recurrente sino que

la misma ha de entenderse como compensatoria de los daños y perjuicios derivados de la extinción de la relación jurídico-administrativa que unía a la recurrente con la Administración autonómica, y consiguiente pérdida de su empleo, lo que precisamente constituye la situación legal de desempleo a la que se refiere el artículo 1.2 del RD 625/1985, de 2 de abril, y cuyo artículo 15.1 establece que “la prestación y el subsidio serán compatibles con la indemnización que proceda por la extinción del contrato de trabajo”, lo que resulta análogamente aplicable a la indemnización por la extinción de la relación administrativa.

F) Gestión, financiación y pago

En la **STS de 11 de julio de 2006**, I.L. J 1027, se resuelve acerca de la procedencia o no del derecho al pago único de la prestación por desempleo para subvencionar las cotizaciones al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Como sabemos, tienen derecho al pago trimestral del importe de la prestación por desempleo del nivel contributivo para subvencionar su cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos los beneficiarios que pretendan constituirse como trabajadores autónomos.

En el caso planteado el INEM basa su razonamiento en condicionar aquel derecho al mantenimiento de la situación de perceptor de la prestación en el momento de solicitarlo y a que tal solicitud sea presentada antes de haberse dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

La regulación del derecho al pago único de la prestación por desempleo responde a una política orientada al pleno empleo a través de medidas tendentes a que los trabajadores desempleados dejen de serlo. Por este motivo, ambos pronunciamientos aplican una teoría flexibilizadora de la norma, sin reducirse a la lectura gramatical de la misma y entienden, por lo que al comienzo de la actividad se refiere, ha de interpretarse en el sentido de que el inicio de la misma se produzca en cualquier momento de la situación legal de desempleo, con tal de que no sea anterior al de ésta, que es lo relevante para que el derecho al pago único cumpla su finalidad de estimular la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados.

Según el Tribunal Supremo, lo verdaderamente relevante es que el beneficiario mantenía tal condición, aunque fuera en suspenso y que dicha alta no fue anterior a la situación legal de desempleo. Además, lo relevante para que el derecho cuestionado cumpla su finalidad de estimular la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados es que la petición se produzca en cualquier momento de la situación de desempleo, con tal de que no sea anterior al de ésta.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa

Respecto a la aplicación de las reglas de retroactividad que se contienen en la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre la posibilidad de pactar jubilaciones forzosas en los convenios colectivos, se pronuncia la **STS de 29 de junio de 2006**, u.d., I.L. J 1002.

Se recoge en esta sentencia la jurisprudencia ya reiterada del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, sobre este tema, que precisa la aplicación de la Disposición Transitoria Única de esta Ley que establece que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. El problema se centra en decidir si en trámite de unificación de doctrina y en relación con un proceso iniciado en el año 2002 como el presente, puede esta Sala aplicar la nueva norma promulgada en julio de 2005. Al respecto, declara la Sentencia que, aun teniendo en cuenta las previsiones de retroactividad de la nueva Ley, la normativa aplicable a esta situación ha de ser la existente en el momento en que se generó la situación de “litispendencia”, en tanto en cuanto aplicar a dicha situación la norma nueva supondría tanto como modificar el objeto del proceso creando la consiguiente indefensión entre las partes contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución, sin que por otra parte quepa pensar que el legislador haya querido ir más allá en su retroactividad de lo que el derecho constitucional permite.

Según esta doctrina, la decisión de dar por finalizada la relación laboral, en cuanto se ampara en una cláusula de un convenio negociado después de que la Disposición Adicional Décima del ET fuera derogada y antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, ha de declararse contraria a derecho por carecer del debido sustento legal y por ello constitutiva de despido improcedente, sin que proceda acordar la nulidad de dicho despido por no poder ser calificado como discriminatorio.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Doctrina del paréntesis

Recuérdese, con referencia al supuesto contemplado en la sentencia a la que se hace referencia, que la denominada “teoría del paréntesis” consiste en un modo de calcular la

base reguladora de una prestación cuando en el período de referencia existió un espacio de tiempo durante el cual no hubo posibilidad legal de cotizar, por haber permanecido el beneficiario en situación de invalidez provisional. En tal caso, se entendió por la doctrina jurisprudencial que en ese espacio temporal operaría una abstracción, a modo de un paréntesis, de tal forma que se computarían las cotizaciones anteriores a dicho tiempo no cotizado. La cuestión planteada en la **STS de 25 de abril de 2006**, u.d., I.L. J 697, es decidir si dicha teoría es aplicable a la prestación de jubilación, después de la nueva redacción del artículo 162 de la LGSS acordada por la Ley 24/1997, de 15 de julio. El supuesto concreto planteado es la situación de un beneficiario que, en el período anterior a su jubilación había permanecido en invalidez provisional y pretendía que, para el cálculo de la base reguladora, se tomaran en consideración las cotizaciones habidas en los meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la invalidez provisional. Concluye la citada Sentencia que la señalada reforma legislativa establece normas para evitar la influencia de las cotizaciones fraudulentas, pero nada alteró respecto a la norma anterior que precisaba el modo de proceder respecto de los períodos en los que no hubo obligación de cotizar. En consecuencia, no existe razón alguna que permita u obligue a interpretar precepto de idéntica redacción de diferente manera, según se trate de la prestación de invalidez o la de jubilación y dar una solución contraria a la doctrina que era uniforme, cuando el precepto regulador innovado es del mismo tenor literal. En consecuencia, el Tribunal Supremo mantiene la aplicación, en los términos señalados, de la doctrina del paréntesis a la prestación de jubilación.

b') Cuantía de la prestación

—Trabajadores migrantes

Sobre la cuestión, siempre litigiosa, de la determinación de la cuantía de la prestación de los trabajadores migrantes que acreditan una carrera de seguro en varios países, así como la determinación de la *pro rata temporis*, se pronuncia la **STS de 31 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 861. Se plantea nuevamente en esta Sentencia la cuestión relativa al cálculo de la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española (*pro rata temporis*) respecto de trabajadores que tienen acreditadas cotizaciones a nuestro sistema de Seguridad Social (Régimen del mar) y también a la Seguridad Social de Holanda. Como ha declarado muy reiteradamente el Tribunal Supremo, es de aplicación al caso el Convenio Bilateral de Seguridad Social entre España y los Países Bajos de 5 de febrero de 1974. En el mismo existe una remisión genérica al ordenamiento español de Seguridad Social, en el cual, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a las cotizaciones medias, y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas, de un asegurado que trabaja en España. Respecto al porcentaje o prorrateo de la pensión española la Sentencia aplica la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en el sentido de que la bonificación de edad por embarques (que se traduce en la asignación de un período de cotización ficticio compensatorio de dicha anticipación de la edad de jubilación) debe tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión teórica española, aunque no para determinar la fracción a

cargo de la Seguridad Social española, en cuanto que tal bonificación no corresponde en realidad a cotizaciones reales o presuntas “anteriores al hecho causante” que hayan de ser consideradas en la carrera de seguro. La bonificación de edad por embarques es un instituto ajeno a los principios de coordinación comunitarios y la puesta en práctica de dicha bonificación de edad no hace de peor condición al asegurado español por el hecho de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios.

d) Derecho transitorio

– Pensión de jubilación SOVI

A un supuesto de responsabilidad empresarial por falta de alta y cotización de las empresas demandadas titulares de centros privados en los que llevó a cabo su actividad docente la demandante se refiere la **STS de 16 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 741. La determinación de la responsabilidad empresarial en este caso debe atenerse exclusivamente a los descubiertos de cotización, que son los que tienen relevancia en el funcionamiento de la protección. En este caso ha de tomarse en consideración una línea doctrinal que ha aplicado criterios de proporcionalidad a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad empresarial. En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido en diversas sentencias que los incumplimientos relevantes en orden a la declaración de la responsabilidad empresarial tienen que tener “trascendencia en la relación jurídica de protección”, de forma que si el incumplimiento no tiene trascendencia en orden al reconocimiento y la cuantía de la prestación ha de excluirse, en principio, la responsabilidad empresarial, sin perjuicio del régimen especial previsto para los accidentes de trabajo. En este caso, el alta es irrelevante como requisito de acceso a la protección, porque, de conformidad con el régimen especial del SOVI en la Disposición Transitoria Séptima de la LGSS, la actora no tenía que estar en alta en la fecha del hecho causante para tener derecho a la prestación del SOVI, bastando que el 1 de enero de 1967 tuviese cumplido el período de cotización exigido cualquiera que fuese su edad en dicha fecha y que no tenga derecho a ninguna pensión del Sistema.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones

Numerosas Sentencias son las que siguen pronunciándose sobre el tema de las prejubilaciones, tanto por lo que se refiere a su naturaleza, como en cuanto a la cuantía y modo de cálculo de la cantidad que deban recibir los trabajadores en concepto de prejubilación.

La **STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 2006**, I.L. J 611, reconoce el derecho de un trabajador a acogerse al plan de jubilación parcial según el Acuerdo de prejubilaciones suscrito por la empresa, pese a su condición “de mando dentro de la empresa”. La Sentencia declara que el Acuerdo de prejubilación citado se refiere a todos los trabajadores, sin que se prevea ninguna exclusión, por lo que no parece muy lógico que se intente establecer un sistema paralelo cuando no existe acuerdo ni previsión alguna. El pretendido régimen diferencial del trabajador consiste en unas condiciones retributivas que la empresa esta-

blece de forma unilateral, pero sobre el que no existe dato alguno para excluirlo de una relación laboral ordinaria, en base a una aplicación del reglamento de alta dirección. En este sentido, se declara en la sentencia que el establecimiento de un régimen retributivo podrá determinar las especificaciones propias del mismo, pero desde luego “no puede sumir al trabajador en un arcano, al margen de sus derechos laborales, y de la misma aplicación del convenio o aquellos acuerdos pactados por sus representantes”.

Numerosas Sentencias se refieren a la reclamación del abono de unas pagas extraordinarias en la asignación pactada con motivo de la prejubilación. En concreto, se refieren estas Sentencias a la aplicación a un conjunto de trabajadores acogidos a un plan de prejubilación pactado con la empresa (Banco Santander Central Hispano) del importe de dos pagas de beneficios establecidas en un Convenio Colectivo, de forma que dicho importe incremente la cantidad establecida en el Acuerdo de prejubilación. Por otro lado, se plantea también la aplicación del plazo de prescripción respecto a la reclamación de los atrasos derivados de dichos incrementos, y más concretamente aún, la fijación del *dies a quo* de dicho plazo, esto es, si debe comenzar a contarse éste desde la firma del contrato de prejubilación o desde la reclamación del aumento. Al respecto, el Tribunal Supremo, que se ha pronunciado reiteradamente sobre la procedencia de dichas pagas, ha declarado que, cuando por acuerdo de las partes se ha pactado expresamente el acuerdo de prejubilación como una situación pactada de suspensión del contrato de trabajo, no se puede aplicar la prescripción del año para reclamar el incremento de las dos pagas reclamadas al no haberse extinguido el contrato (**STS de 27 de febrero de 2006**, u.d., I.L. J 147). No obstante, declara la **STS de 8 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 872, que es aplicable a este caso el artículo 59.2 del ET, pues la acción se ejercita para exigir percepciones económicas, de modo que la prescripción de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, cuya determinación en el presente caso ha de hacerse teniendo en cuenta que el devengo es mensual, visto que el abono se hace por meses vencidos. A este mismo supuesto se refieren las **SSTS de 21 de abril de 2006**, I.L. J 658; **4 de abril de 2006**, I.L. J 661; **21 de abril de 2006**, I.L. J 665; **24 de abril de 2006**, I.L. J 666; **27 de abril de 2006**, I.L. J 673; **27 de abril de 2006**, I.L. J 674; **25 de abril de 2006**, I.L. J 699; **27 de abril de 2006**, I.L. J 701; **9 de mayo de 2006**, I.L. J 734; **16 de mayo de 2006**, I.L. J 738; **30 de mayo de 2006**, I.L. J 867, en las que, sin embargo, no se entra en el fondo del asunto, al no apreciarse contradicción.

También sobre la determinación del salario pensionable determinante de la prestación a abonar por la empresa, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de marzo de 2006**, I.L. J 794, establece que los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo del que derivó la prejubilación habían llegado a un acuerdo con la empresa para percibir una cantidad correspondiente al 100% de las retribuciones reales del trabajador en términos netos y anuales y no a las retribuciones fijadas por el convenio colectivo. Esto implica que si un trabajador tiene un salario superior al mínimo garantizado por el convenio colectivo, ese salario es el que debe tomarse en consideración a efectos de fijar las cantidades que la empresa deberá seguir abonando al mismo. En este sentido, la definición de lo que son esas “retribuciones fijas netas anuales” contenida en el acuerdo

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

social de prejubilación se hace mediante una enumeración de los conceptos de convenio que han de entenderse incluidos, pero no tiene por objeto reducir la garantía de los trabajadores a las retribuciones previstas por el convenio, sino excluir del cómputo determinados conceptos de convenio. Señala la Sentencia que la norma no intenta cerrar como *numerus clausus* los conceptos incluidos en la garantía, sino diferenciar con claridad entre los distintos conceptos enumerados en el convenio colectivo cuáles se incluyen en la garantía y cuáles no.

– Condiciones de la jubilación anticipada

Respecto a las condiciones exigidas para tener derecho a la jubilación anticipada y a las condiciones de disfrute de la misma se plantean diversas cuestiones:

En la **STS de 23 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 895, se plantea determinar si un trabajador que estuvo afiliado al Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967 y solicita la pensión de jubilación al cumplir 60 años y que previamente cesó voluntariamente en el trabajo al acogerse al sistema de prejubilación previsto para los empleados fijos de la empresa Telefónica de España, SA entre 55 y 56 años como medida de adecuación de la plantilla acordada en los sucesivos convenios vigentes, se le puede aplicar en la pensión de jubilación en lo que respecta al coeficiente reductor, lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS en el párrafo 2 de la norma segunda del apartado 1, según redacción de la Ley 35/2002, interpretándola en relación con el apartado 3 del artículo 161 de la LGSS. La Sentencia declara que, a tenor del sentido de dicho precepto legal, no cabe la aplicación del pretendido coeficiente reductor del 6,5%, dado que el trabajador no cumple el requisito de tener cumplidos 61 años de edad al solicitar la jubilación y que no se cumple el requisito de “no voluntariedad del cese en el trabajo”.

La **STS de 24 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 747, se pronuncia nuevamente sobre si en los casos de jubilación derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la voluntad del trabajador, para acceder a la jubilación anticipada y los beneficios de los coeficientes reductores mejorados previstos en la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS para quienes tuvieran la condición de mutualistas en 1 de enero de 1967, éstos han de acreditar, además de los años de cotización correspondientes, haber estado inscritos en la oficina de empleo de forma ininterrumpida desde que se produjo el cese hasta la fecha del hecho causante. La Sentencia declara que, desde la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS y del artículo 161.3 de la LGSS, se desprende que era voluntad del legislador mantener dos sistemas o formas de jubilación anticipada, cada una con distinto origen y requisitos para acceder a su percibo. Entre estos requisitos y para la pensión anticipada de jubilación no histórica u “ordinaria” se exige para quienes no eran mutualistas el 1 de enero de 1967 encontrarse inscritos en la oficina del INEM como demandantes de empleo, desde, al menos, 6 meses antes de la fecha de jubilación. Pero nada de eso se incluye entre los requisitos que contiene la Transitoria Segunda para los jubilados anticipadamente procedentes del mutualismo laboral, pues basta con haber estado en ese sistema antes del 1 de enero de 1967, haber cesado por causas independientes de la voluntad del trabajador y reunir los períodos de cotización correspondientes para acceder a la pensión bonificada.

D) Previsión social voluntaria

Mejoras voluntarias

A la importante cuestión relativa a la posibilidad de suprimir o modificar mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social pactadas en sucesivos convenios colectivos, se refiere la **STS de 30 de marzo de 2006**, u.d., I.L. J 592. En primer lugar, se establece en la Sentencia que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 192 LGSS y 82.4 ET, se desprende, como ya ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencias anteriores, la inexistencia de derechos adquiridos, o invariabilidad o intangibilidad de las prestaciones complementarias percibidas con cargo a la empresa, sino que, por el contrario, la aplicación de los referidos preceptos conduce a la solución contraria, teniendo en cuenta, además, que los beneficios suprimidos no tienen su origen en pactos individuales celebrados entre los interesados y la empresa, sino en un convenio colectivo que reconoció la mejora con carácter de generalidad. Sin embargo, al tratarse de pensiones complementarias de jubilación anticipada, es manifiesto que el pase a esa situación exigió la previa conformidad expresada por los interesados para acogerse a los beneficios previstos en el convenio. Pero el origen de los beneficios suprimidos no era el pacto individual, sino el convenio.

No obstante, estas mejoras voluntarias se concretan en dos tipos de situaciones: Por un lado, en el convenio colectivo se establecía una mejora en las pensiones de incapacidad. En sus respectivos documentos de materialización de la pensión se hace clara referencia al pago por la empresa de las correspondientes cantidades con cargo al fondo de pensiones establecido en Convenio Colectivo. El hecho de que en cada caso ese documento refleje las condiciones en las que se accede al beneficio de la prestación complementaria, en modo alguno significa que el origen de esa mejora sea el acuerdo individual, sino que el soporte legal y real del derecho reside en el Convenio que lo establece, en el que ha de apoyarse la empresa para su concesión, con estricto respeto a lo pactado, se recoja expresamente la referencia al convenio en el texto del documento o no.

En cuanto a la situación de los trabajadores que obtuvieron mejoras al acogerse a los planes de jubilación de la empresa, los propios afectados cuando firmaron libremente los documentos de capitalización de sus devengos complementarios, declaran en el punto primero de ellos que el origen de tales prestaciones se encontraba en los Convenios Colectivos de la empresa.

La sustitución de dichas mejoras de la acción protectora, cuyo origen estaba en los convenios colectivos, por una capitalización de las mismas, con un pago único así mismo pactado en Convenio Colectivo, norma de igual rango y ámbito que la propia de su reconocimiento, que ha disminuido el beneficio, es posible a tenor de las normas que regulan la negociación colectiva y, en concreto, el artículo 82.4 del ET.

Por último, se plantea en la Sentencia la cuestión de si el derecho al percibo de prestaciones complementarias es renunciable, estimando los recurrentes que se han infringido los

artículos 3 de la LGSS y 3.5 del ET. Sin embargo, la Sentencia considera que no ha existido infracción de dichos preceptos porque la sentencia recurrida no afirma que la causa de la extinción del derecho al percibo de los complementos sea la firma de los finiquitos, sino que esos documentos eran simplemente mera ejecución de las previsiones del Convenio, que contenían incluso la cuantificación o capitalización de la supresión acordada, de manera que si se ha admitido que esa transformación o supresión de las prestaciones en la forma que se venían percibiendo encaja en las previsiones de los preceptos analizados, no ha podido existir la violación de los que se refieren a la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, puesto que no existió en puridad tal renuncia.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

d') Incapacidad permanente absoluta

El estado invalidante a que se refiere el artículo 143.2 LGSS (revisión de la IP) exige que se tenga en cuenta de forma unitaria dicho estado, valorando su capacidad actual de trabajo y en el supuesto de que el trabajador se encuentre en situación de IPA por agravación de la IPT derivada de enfermedad profesional (o accidente de trabajo), no cabe exigir que reúna los requisitos previstos en el artículo 124 LGSS para obtener la prestación, como si se tratase de un nuevo acceso a ella derivada de un estado incapacitante distinto del anterior. Aunque no sea posible establecer una regla única y válida para todos los supuestos, “ha de contemplarse el estado invalidante del beneficiario declarado en incapacidad total derivada de accidente de trabajo en su conjunto y si de ello se desprende que su situación es la de incapacidad absoluta, aunque derivada de contingencia común, no cabe exigirle que en ese momento reúna los requisitos para acceder a esa prestación (como v. gr., los requisitos de carencia específica). Ésta es la doctrina que se establece para el análisis de una IPA por enfermedad común cuando existe una situación previa de IPT derivada de enfermedad profesional (STS de 12 de junio de 2006, u.d., I.L. J 981).

b) Requisitos del beneficiario

El punto temporal a considerar para el requisito de alta a efectos del derecho a una prestación de IP derivada de accidente no laboral (ex artículos 124.1 y 138.1 LGSS) ha de ser el de acaecimiento de la “contingencia” protegida, es decir, el del accidente no laboral dado que “otra interpretación conduciría, al no exigirse en este supuesto período mínimo de cotización, a un resultado en el que tal requisito carece de eficacia práctica” (STS de 1 de junio de 2006, u.d., I.L. J 943).

La STS de 13 de junio de 2006, u.d., I.L. J 985, a efectos del cómputo del período de carencia específica requerido por el artículo 138.2.b) LGSS, aplica la doctrina del paréntesis partiendo de que los períodos de desempleo deben entenderse como paréntesis y no ser

tenidos en cuenta. Además, considera “que pese a los cortos períodos de tiempo en los que el trabajador (...) no figuró inscrito en la Oficina de Empleo, sin embargo, el largo lapso temporal, desde su cesación en la prestación de la actividad laboral, en el que se mantuvo como demandante de empleo, justifica el que se erija tal período en un paréntesis que obliga a retrotraer la determinación del período de carencia específica a aquel momento (...) en el que efectivamente cesó en la prestación de sus servicios”. Dicha doctrina “se concreta en los siguientes extremos: 1) cuando se acredita una voluntad de acceder al trabajo puesta de manifiesto por la inscripción en la Oficina de Empleo, ese período de ausencia de cotización debe configurarse como un paréntesis; 2) ese paréntesis obliga a retrotraer el momento a partir del cual se ha de computar el período de carencia específica a la fecha en la que efectivamente cesó el trabajo efectivo y cotizado”.

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

En cuanto a la cuantía de las prestaciones reconocidas es muy interesante la **STS de 11 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 894, que no considera que incurra en incongruencia procesal cuando postulada una IPT por quien, en el momento de su solicitud, reúne todos los requisitos para poder optar a ese grado de invalidez con la cualificación derivada de lo previsto en el artículo 139.2, párrafo 2º, LGSS, la sentencia que la reconoce contempla el abono de la prestación incrementada con el porcentaje reglamentario del 20%. El TS considera que, solicitada una prestación de IPT, esta postulación procesal debe conllevar consigo todos los pedimentos adherentes a las circunstancias personales de quien solicita dicho grado.

b') Base reguladora de las prestaciones

A los efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones de IT derivadas de contingencias comunes, si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años (artículo 140.4 LGSS). La aplicación de la doctrina del paréntesis no se corresponde con lo previsto en dicho precepto. La doctrina del tiempo muerto o paréntesis ha quedado “excepcionalmente referida exclusivamente a los períodos sin obligación de cotizar, por invalidez provisional inmediata al proceso de invalidez en el que la misma es declarada (...) o a los períodos de prórroga de la incapacidad laboral también inmediatamente a la anterior a la declaración de invalideces como excepciones a favor de los beneficiarios de tales prestaciones en cuanto supuestos muy específicos en los que las previsiones legales del sistema en la articulación de la protección pueden llevar a perjudicar sin justificación alguna los derechos de aquéllos”. En base a ello, en un supuesto que el trabajador después de un período de incapacidad, estuvo en situación de alta laboral percibiendo prestaciones de desempleo, siendo después de este

período cuando inició nueva situación de IT con resultado de invalidez se considera que el período de invalidez provisional que le fue considerado tiempo muerto o paréntesis carecía de justificación. El TS considera que la invalidez provisional no está operando aquí como una situación de tránsito desde la IT a la IP, pues esta última no deriva de una situación previa de invalidez provisional, sino que se ha llegado a ella directamente a partir de una reanudación de la actividad laboral y de una situación de desempleo sin conexión alguna con la invalidez provisional que terminó hace tiempo (STS de 14 de junio de 2006, u.d., I.L. J 986).

d) Dinámica de la protección

En aquellos casos en los que el asegurado es declarado en situación de IP sin que esa situación se haya visto precedida de la de IT, sino que el interesado ha estado prestando servicios, el TS considera que no hay dificultad en distinguir entre la fecha del hecho causante y la de efectos económicos de la prestación. La fecha del hecho causante será la correspondiente a la fecha de emisión del dictamen-propuesta del EVI (ex artículo 13 Orden de 18 de enero de 1996), y la fecha de los efectos económicos será en la que se produzca el cese en el trabajo (STS de 18 de mayo de 2006, u.d., I.L. J 740).

La fecha del hecho causante de la prestación de IP derivada de enfermedad común viene fijada con carácter general por la fecha del dictamen del UMVI, salvo los casos en que las lesiones residuales padecidas por el beneficiario quedaran fijadas con el carácter de definitivas, irreversibles o invalidantes con anterioridad, sin que pueda acudir a la doctrina desarrollada para los casos de accidente de trabajo (STS de 12 de mayo de 2006, u.d., I.L. J 873).

En la hipótesis en que resulte revocada judicialmente una IP si, como consecuencia de la misma, se anularan derechos reconocidos en vía administrativa, el beneficiario no quedaría obligado a reintegrar lo percibido (STS de 15 de noviembre de 2005, u.d., I.L. J 749). Ello en base al artículo 6.4 RD 1300/1995, que reconoce la ejecutividad de las resoluciones administrativas, y del artículo 91.3 del RD 1637/1995, donde se establece lo que el TS denomina “principio de garantía”, consistente en que “cuando una sentencia firme se anulare o se redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua o, en su caso, la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alícuota, respectivamente, del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna”.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

La STS de 17 de mayo de 2006, u.d., I.L. J 716, continúa la línea jurisprudencial donde se interpreta que el artículo 137 LGSS vincula la IPT a la imposibilidad del trabajador para llevar a cabo el desarrollo de la profesión concreta que realizaba, “percibiendo una presta-

ción de la Seguridad Social que compensa esa imposibilidad y los trastornos que ocasiona en su vida laboral, desde el momento en que ya no está en condiciones de realizar las labores básicas de la misma”. Indicando claramente que la ley no autoriza “a comparar unas determinadas lesiones con las profesiones que pueda ejercitar en el futuro una persona, sino es con fines revisorios. Declaración de incapacidad para una concreta profesión que, en consecuencia, no cabe extender en sus efectos jurídicos a otras, en modo alguno analizadas a la hora de realizar esta calificación”.

Una pensión de IPA derivada de enfermedad profesional es compatible con una pensión de clases pasivas para la cual se computaron todas las cotizaciones en este Régimen Especial más las computadas en el General y en el Especial Agrario, dado que para generar el derecho a la pensión de IP no se exige el cumplimiento de un período previo de cotización como elemento constitutivo (artículo 124.4 LGSS) y por lo tanto, no existe reutilización de cotizaciones realizadas en diferentes regímenes, dado que la historia de aseguramiento con que cuenta el interesado carece de toda influencia en la prestación que se reconoce (**STS de 10 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 902). En estos supuestos no encuentra aplicación la regla del artículo 5.1 del RD 691/1991, de 12 de abril, que declara incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en esta última, la pensión reconocida por un órgano o la entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para el derecho a aquélla, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambos casos, hubiera dependido de las cotizaciones computadas en otro régimen.

B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Resulta de sumo interés la **STS de 6 de abril de 2006**, u.d., I.L. J 691, donde se aclara que la declaración de la condición de incapacitado permanente absoluto a efectos de la percepción de una pensión contributiva de la Seguridad Social solamente comporta la presunción del incapacitado como minusválido a los efectos de la legislación específica de protección de las situaciones de discapacidad o minusvalía. La base jurídica de la resolución se asienta en la Disposición Adicional Tercera.2 del RD 357/1991 donde se establece que —a los efectos de reconocimiento de una pensión de invalidez no contributiva a quien padeciendo secuelas o dolencias determinantes de incapacidad absoluta, se le ha denegado la pensión contributiva por falta de alguno de los requisitos exigidos para su atribución— se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65% a quien le haya sido reconocida en la modalidad contributiva, una invalidez permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. El TS considera que esta presunción *iuris tantum* (ex artículo 385.3 LEC) tiene unos efectos limitados al reconocimiento de una pensión de invalidez no contributiva, pero no se extiende el alcance de la misma, fuera del ámbito de la Seguridad Social, a la declaración de minusvalía o discapacidad en otros campos o sectores del ordenamiento jurídico.

C) Lesiones permanentes no invalidantes

En la hipótesis en que el trabajador presenta hipoacusia bilateral, procede la aplicación del baremo núm. 10, que hace alusión a la hipoacusia que afecta a zona conversacional en ambos oídos, al margen de la lesión auditiva que, asimismo, padece en zona no conversacional en uno y otro oído y que no sería doble indemnizar, acumulativamente, por cuanto ya resulta indemnizada la situación con el máximo de cantidad previsto en el baremo (STS de 10 de mayo de 2006, u.d., I.L. J 703).

La STS de 4 de mayo de 2006, u.d., I.L. J 729, admite la posibilidad de revisión de lesiones permanentes no invalidantes al objeto de que sea declarado un determinado grado de invalidez permanente. Los argumentos utilizados por el TS se asientan: sobre una interpretación literal del artículo 40.1.g) y de la sistemática de la Orden de 15 de abril de 1969, que permitiría acceder a cualquiera de los grados de IP por revisión de una situación anterior, calificable como lesiones permanentes no invalidantes; sobre unidad conceptual de las lesiones permanentes no invalidantes y las lesiones permanentes constitutivas de los grados de incapacidad; sobre la consideración de que “no sería equitativo, ni justo comenzar *ab initio* una petición de invalidez permanente, cuando lo que ha existido es un caso de empeoramiento de las referidas lesiones, cuyo cauce debe tener cabida en el artículo 143 de la LGSS”; tampoco el artículo 143.2 LGSS precluye la posibilidad de que la entidad gestora —si considera que una situación de lesiones permanentes no invalidantes e indemnizable con baremo, es susceptible de empeoramiento— acuerde en su resolución administrativa la imposibilidad de revisión en el plazo que razonablemente estimara procedente.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

Indemnización especial a tanto alzado

Es destacada la STC 154/2006, de 22 de mayo, I.L. J 921. El debate se centra en el derecho a la percepción y en la cuantía de la indemnización a tanto alzado por muerte causada por accidente de trabajo de los huérfanos en los supuestos en que el causante convivía *more uxorio*; en concreto se demanda la igualdad de trato con los hijos matrimoniales de reclamar el derecho a incrementar la indemnización contenida en el artículo 29.2.b) de la Orden de 13 de febrero de 1967, visto que la madre, al no estar casada con el fallecido, no puede percibir la prestación.

Como recuerda el Alto Tribunal, el artículo 14 de la Constitución contiene un principio de igualdad, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, aunque esto no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo

respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Más concretamente, dentro de la no discriminación por razón de nacimiento, el Tribunal Constitucional (STC 200/2001, de 4 de octubre), ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación, de modo que éstas deben entenderse absolutamente equiparadas, lo que obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación (STC 7/1994, de 17 de enero).

Sentada la doctrina constitucional, la regulación de seguridad social que resulta de aplicación en el presente caso, es el artículo 177 de la LGSS y los artículos 28 y 29 de la Orden de 13 de febrero de 1967, de los que se deduce que la indemnización a tanto alzado está prevista únicamente para el cónyuge sobreviviente del fallecido con derecho a la pensión de viudedad y los huérfanos con derecho a pensión de orfandad. Del examen de estos preceptos se constata, en primer lugar, que no existe una formal desigualdad de trato en la norma –los preceptos no diferencian entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales–, ahora bien, como acertadamente argumenta la sentencia, la vulneración del derecho constitucional también deberá declararse si la norma, o una interpretación judicial de la misma, formalmente neutra en el trato a unos y otros hijos, ocasiona en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso.

En estos supuestos, dice el Tribunal Constitucional, el órgano judicial debería haber ponderado si la interpretación que realizaba suponía una discriminación indirecta por razón de filiación; añadiendo que, los órganos judiciales pueden vulnerar el artículo 14 cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables.

Por ello, y en relación con el supuesto que tratamos, es necesario procurar una equiparación de derechos que satisfaga las necesidades de los hijos extramatrimoniales en idéntica medida que para los matrimoniales, pues aquéllos no deben sufrir una peor situación económica familiar por el hecho de que sus padres no contrajeran matrimonio. De esta manera, se debe realizar una interpretación distinta del precepto, es decir, para evitar esa interpretación discriminatoria, como la regulación sitúa el hecho causante del incremento a favor de los huérfanos en la inexistencia del cónyuge sobreviviente “con derecho a esta indemnización especial”, y es claro, que esa situación se da, precisamente, en los casos de padres extramatrimoniales, que resultan sin derecho a esa indemnización por no existir vínculo matrimonial, lo que supone el reconocimiento del derecho al incremento en los supuestos de huérfanos de vínculos no matrimoniales.

D) Dinámica de la protección

El núcleo de la cuestión debatida en la STS de 7 de junio de 2006, I.L. J 975, consistió en determinar la fecha de efectos económicos de una pensión de orfandad solicitada más de cuatro años después del fallecimiento del causante, pero antes de que transcurrieran tres meses desde la inscripción en el Registro Civil de la sentencia que declaró la paternidad. Sobre el instituto jurídico de la prescripción, recuerda el tribunal, éste preserva no tanto la justicia material, como la seguridad jurídica, y debe normalmente interpretarse de forma restrictiva, de manera que sólo perjudique a quien, por su inactividad, haya hecho efectiva dejación de sus derechos.

Debe recordarse que el artículo 112 del Código Civil dispone que la filiación produce plenos efectos desde que tiene lugar y que su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario. Por otro lado, aunque la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 178 declara imprescriptibles las prestaciones de muerte y supervivencia, el artículo 43.1 del mismo texto, establece que los efectos económicos sólo se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Ahora bien, el apartado segundo de este último precepto admite la interrupción de la prescripción por las causas ordinarias establecidas en el artículo 1973 del Código Civil, por lo que, como concluye esta sentencia, la acción de reclamar del INSS el reconocimiento y abono de la pensión, no sólo es que estuviera lógicamente interrumpida por el ejercicio ante los tribunales de la acción de filiación, sino que, conceptualmente, únicamente podía ejercitarse a partir de que la beneficiaria tuviera reconocida la condición de hija del causante; esto supone el reconocimiento de los efectos económicos de la pensión de forma retroactiva, no de tres meses, sino desde la fecha en que se admitió a trámite en un juzgado la demanda en petición de reconocimiento de su filiación como hija del causante.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario:

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Organización. 3. Derecho Administrativo Sancionador. A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objeto de esta nueva crónica es poner de relieve las normas y sentencias emitidas desde nuestro último número en el ámbito del Derecho Administrativo Laboral.

Por lo que se refiere al orden normativo, hay que empezar destacando cómo la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, ha convalidado las previsiones ya introducidas en materia administrativo-laboral por el anterior RD-L 5/2006, de 9 de junio, y de las que ya se dio cuenta en el número 27 de esta Revista: básicamente, la incorporación de un nuevo tipo de ilícito en el desarrollo de las contrataciones (artículo 7.12 LISOS) y la introducción de algunas medidas en la planificación de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Íntimamente ligada a estas novedades incorporadas en materia inspectora, debe destacarse también la aprobación de la Orden TAS/3869/2006, de 20 de diciembre, por la que se crea la Comisión Consultiva Tripartita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, concebida como un órgano colegiado asesor adscrito a la Autoridad Central de la Inspección y constituida por representantes de la Administración General del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. En un terreno distinto, como norma más significativa del período dentro de nuestra materia de estudio, hay que citar finalmente la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, mediante la que, al margen de otras cuestiones, se introducen diversas modificaciones en el articulado de la LISOS como consecuencia de la derogación que la nueva norma efectúa de la Ley 33/1971 sobre Emigración: en coherencia con ello, la citada Ley 40/2006 reforma el tenor de los artículos 2.4, 33, 34, 35, 36 y 40.1 de la LISOS, así como la rúbrica de su capítulo IV y de la sección 1ª de éste, fundamentalmente al objeto de eliminar las anteriores referencias a la emigración y a algunos de los ilícitos vinculados a los requisitos que hasta ahora se exigían para el desplazamiento de trabajadores al exterior.

Ya en el plano de la jurisprudencia y doctrina judicial, en las próximas líneas se da cuenta de las sentencias relacionadas con la Administración Laboral que aparecen seleccionadas en los números 5, 6, 7 y 8 (2006) de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El único pronunciamiento en esta materia es la **STS de 20 de junio de 2006**, Sala Tercera, I.L. J 1010, dictada con ocasión de la auditoría practicada a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En ella, el Tribunal vuelve a insistir en consideraciones ya sentadas, en su mayor parte, en resoluciones anteriores y que se proyectan sobre los tres siguientes terrenos.

En primer lugar, a nivel de tramitación del procedimiento de auditoría, la Sentencia declara que la superación del plazo para que la Intervención General de la Seguridad Social emita su informe no conduce a la caducidad del procedimiento y al archivo de las actuaciones. Al respecto, reiterando la doctrina ya declarada en una sentencia previa, afirma:

“el hecho de que el informe de auditoría se realizara fuera de plazo, sólo implicaría su anulabilidad cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo y ello no acontece en el caso de autos, según dispone el artículo 63.3 de la Ley 30/1992, pues las normas, que el recurrente cita, se limitan a declarar que el informe de auditoría se emitirá en el plazo máximo de tres meses sin ninguna otra precisión”.

En segundo término, en el aspecto contable, el Tribunal Supremo considera que no puede incluirse en la cuenta de deudores diversos de un determinado ejercicio la cantidad que la Mutua entiende que le corresponde en virtud de una subvención solicitada y todavía no concedida.

Finalmente, en el plano procesal, la STS de 20 de junio de 2006 se detiene a explicar las reglas para determinar la cuantía de la pretensión a efectos de acceder al recurso de casación, y a este respecto recuerda que ha de atenderse a la cantidad correspondiente a cada una de las partidas autónomas e independientes, razón por la cual, concluye el Tribunal, no cabe admitir el recurso presentado respecto a determinados asientos contables que, de forma individual, no alcanzan los 150.253,03 euros exigidos por el artículo 86.2.b) LJCA.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

En este punto hay que destacar dos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia que se hacen eco de sentencias del Tribunal Supremo relativas a la problemática naturaleza del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y sus consecuencias.

XI. Administración Laboral

Por una parte, encontramos la **STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 771, que asume como criterio predominante el de conferir naturaleza sancionadora al recargo de prestaciones y, siguiendo la doctrina de la STS 2 de octubre de 2000, afirma que la posible coexistencia de este recargo con una sanción administrativa no comporta vulneración del principio *non bis in idem* por cuanto una y otra medida “no contemplan del hecho desde ‘la misma perspectiva de defensa social’, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores”.

Por otra parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006**, I.L. J 848, declara que el recargo de prestaciones es una institución donde prima la naturaleza prescricional, aunque tenga un aspecto sancionador, por lo que “en ningún caso le son de aplicación las normas reguladoras de los expedientes sancionadores”. Es por ello que, en relación al vencimiento del plazo sin haberse dictado resolución, el TSJ reproduce el texto de la STS de 8 de octubre de 2004 y recuerda que al recargo de prestaciones “no le es de aplicación (...) lo previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que sólo es de aplicación en los procedimientos en los que ‘la administración ejercite potestades sancionadoras, o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen’, que no es el supuesto regulado en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social”. Por tal razón, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) no admite la consecuencia de caducidad del procedimiento administrativo prevista en el citado precepto y, por el contrario, considera que el transcurso del plazo para resolver el expediente administrativo de recargo implica entender desestimada la solicitud, pero dejando abierta al interesado la posibilidad de ejercitar las acciones judiciales oportunas conforme a la Ley de Procedimiento Laboral.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

El mayor interés en este apartado lo acapara la **STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 771, no por poner de relieve ideas novedosas, sino por la recopilación de criterios jurisprudenciales que efectúa en torno al valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo. En concreto, aparte de abordar, como ya se ha visto, el régimen jurídico del recargo de prestaciones, esta STSJ de La Rioja destaca por sintetizar y reproducir los principios básicos en que se asienta la doctrina tradicional, aunque en algunos puntos no siempre unánime, del Tribunal Supremo en torno a la presunción de certeza atribuida normativamente a las actas: básicamente, respecto a su alcance objetivo, su fundamento, y las características que debe reunir la prueba en contrario para proceder a su destrucción.

En cuanto a la primera cuestión, la Sentencia remarca la conocida idea de que la eficacia probatoria de las actas se extiende únicamente a los hechos percibidos por el órgano inspector:

“La presunción de certeza alcanza no sólo a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos, sino también a aquellos hechos que resulten acreditados por medios de prueba

consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporados a la misma (...).

Dicho de otro modo, la presunción de certeza ‘debe entenderse referida a los hechos comprobados con ocasión de la inspección y reflejados en el acta, bien porque por su realidad objetiva visible sean susceptibles de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita, o porque hayan sido comprobados por la Autoridad, documentalmente o por testimonios entonces recogidos u otras pruebas realizadas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellas en el acta levantada; de modo que esta presunción legal de certeza que, en cualquier caso, es de carácter *iuris tantum*, pierde fuerza cuando los hechos afirmados en el acta por el Inspector, por su propia significación, no son de apreciación directa, no se hace mención en el acta a la realización de otras comprobaciones, o recogida de testimonios o documentos, comprobación de libros, etc., que corroboren su existencia’ (...). Por el contrario, cuando lo relatado en el acta resulta de una actividad de investigación y comprobación dirigida a obtener la convicción reflejada en el acta, aunque no sea fruto de la percepción sensorial directa del Inspector, estará a cargo del recurrente la aportación de las pruebas precisas para demostrar que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección (...). Por tanto, la presunción de certeza no sólo alcanza a los hechos directa y personalmente percibidos o apreciados por el Inspector actuante en el curso de las actuaciones comprobatorias, sino que también se extiende, entre otros, a los hechos comprobados a través de testimonios o declaraciones, ya sean de trabajadores o de sus representantes legales, del empresario o de sus representantes o terceros.”

Respecto al segundo aspecto enunciado, el TSJ de La Rioja afirma que:

“dicha presunción de certeza tiene su fundamento en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante (...), así como en la objetividad que rodea a quienes, sin ningún interés particular, obran en defensa del interés público”.

Finalmente, la Sentencia recuerda que, conforme a diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, para destruir la presunción de certeza de las actas se requieren:

“pruebas indubitadas, incontestables y fehacientes (...), no bastando cualquier prueba, sino que ésta debe ser directa, eficaz y plenamente convincente para que pueda desvirtuar dicha presunción”.

Además de la anterior, encontramos también en el período analizado otras resoluciones judiciales en las que se debate sobre la eficacia probatoria de las actuaciones inspectoras a efectos de fundamentar diferentes recursos frente a sentencias dictadas en el orden social.

Así, respecto al recurso de suplicación cabe hacer mención, por un lado, a la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de marzo de 2006**, I.L. J 811, referida a un proceso sobre recargo de prestaciones y en la que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal

desestima el motivo de infracción de normas del procedimiento por considerar que la no admisión a prueba de la testifical del Inspector de Trabajo que efectuó el informe sobre el accidente no ha ocasionado indefensión al interesado. Por otro lado, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006**, I.L. J 833, no sólo reitera el principio ya comentado de que la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo sólo alcanza a hechos directamente constatados por el órgano inspector, sino que además recuerda la idea de que el contenido de dichas actas no constituye instrumento idóneo para, en fase de suplicación, proceder a la revisión de los hechos probados en la sentencia de instancia ex artículo 191.b) LPL.

Por último, la eficacia de los documentos de la Inspección de Trabajo también es objeto de atención en la **STS de 30 de mayo de 2006**, Sala Social, I.L. J 888, en este caso como fundamento de un recurso de revisión basado en el motivo previsto en el artículo 510.1 LEC y en el que el resultado de la actuación inspectora se alega como documento obtenido con posterioridad a la sentencia que resuelve la pretensión de clasificación profesional interpuesta por un determinado trabajador. En concreto, el interesado funda su demanda de revisión en la sentencia e informe de la Inspección de Trabajo emitidos en relación a un proceso de clasificación profesional de un grupo de trabajadores distintos al demandante. Al respecto, y aparte de considerar caducada la acción ejercitada, el Tribunal Supremo niega cualquier virtualidad a estos documentos a efectos de justificar la revisión por cuanto no reúnen las exigencias legales requeridas por el artículo 510.1º LEC: de un lado, por no tratarse de documentos “decisivos” para la resolución del litigio, en tanto se refieren a unos trabajadores distintos al actor y, de otro, porque no consta que la fuerza mayor o la conducta de la empresa demandada “hayan impedido al demandante disponer” de estos documentos.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Reglas generales de competencia. B) Recargo de prestaciones. Defectos en la tramitación administrativa. C) Colaboración temporal en régimen de derecho administrativo. Naturaleza laboral. D) Viudedad. Régimen de Previsión de Asistencia Médico-Farmacéutica y Accidentes de Trabajo. E) Redactor en una emisora de radio. Naturaleza laboral. F) Provisión de plazas de personal del BOE mediante promoción interna. **3. Jurisdicción laboral.**

Incompetencia. A) Personal estatutario de la Seguridad Social. B) Repercusión de IVA. C) Socio y trabajador. Naturaleza mercantil. D) Organismos públicos. Provisión de puestos de trabajo. E) Guía turístico y agencia de viajes. Carácter mercantil de la relación.

4. Conciliación extrajudicial. Falta de acreditación del acto de conciliación. Archivo de la demanda. 5. Demanda. A) Disparidad con la papeleta de conciliación. B) Reconvencción.

6. Excepciones. A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Inadecuación de procedimiento. E) Prescripción. F) Falta de legitimación activa.

7. Práctica de la prueba. Carga de la prueba. 8. Sentencia. A) Incongruencia. Inexistencia. B) Hechos probados. **9. Despido. Salarios de tramitación.** A) Exención. a) Error excusable.

b) Requisitos. c) Abono mediante transferencia. B) Incapacidad Temporal. **10. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Resoluciones recurribles.

Autos. B) Modificación de hechos probados. **11. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Contradicción. Requisitos. C) Escrito de interposición. **12. Recurso de casación.** A) Modificación de hechos probados.

B) Infracción legal. **13. Recurso de revisión.** A) Caducidad. B) Documentos que habilitan el recurso. **14. Recurso de amparo. Agotamiento previo de la vía judicial. 15. Ejecución de sentencia. Incidente de no readmisión.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 5 a 8 (ambos inclusive) del año 2006 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Reglas generales de competencia

El TS analiza varias cuestiones relacionadas con las reglas de competencia territorial de los Juzgados de lo Social en la **STS de 10 de mayo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 711 y concluye, por una parte, que, si bien el Juez *a quo* puede apreciar de oficio la falta de competencia por razón de la materia o funcional, la falta de competencia territorial, debe ser alegada por las partes. Asimismo, el TS concluye que, si bien la sumisión expresa a unos determinados tribunales no puede ser aceptada en el ámbito de las relaciones laborales por cuanto se entiende contraria a la finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo, sí cabe la sumisión tácita ya que puede favorecer la eliminación de las desigualdades existentes en la relación laboral.

B) Recargo de prestaciones. Defectos en la tramitación administrativa

La **STS de 16 de mayo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 714, dictada en unificación de doctrina, declara que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de los defectos en la tramitación de expedientes administrativos de determinación del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, y entiende que la jurisdicción social debe controlar tanto su contenido material como los aspectos formales y procedimentales.

C) Colaboración temporal en régimen de derecho administrativo. Naturaleza laboral

La **STS de 25 de mayo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 856, reitera el criterio seguido por la Sala (entre otras, en SSTs de 19 de mayo y 27 de julio de 2005 y 6 de febrero de 2006). Así, de conformidad con la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo, aunque formalmente administrativos, son de naturaleza laboral, por lo que el orden jurisdiccional competente para conocer de las vicisitudes relacionadas con el mismo es el social. Siguiendo este criterio, la **STS de 7 de junio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 936, atribuye al orden social la competencia para conocer de la demanda por despido de una profesora de matemáticas contratada temporalmente y en régimen de dependencia por el Ministerio de Defensa.

XII. El Proceso Laboral

D) Viudedad. Régimen de Previsión de Asistencia Médico-Farmacéutica y Accidentes de Trabajo

La STS de 5 de julio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1035, declara que el orden social es competente para conocer de reclamaciones de atrasos en el pago de pensiones de viudedad de que venía haciéndose cargo el “Régimen de previsión de asistencia médico-farmacéutica y accidentes de trabajo” antes de su desaparición. El TS entiende que, a pesar de que la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 55/1999, de 30 de diciembre, declaró extinguido dicho Régimen con efectos de 1 de enero de 2000, los derechos de los pensionistas existentes a dicha fecha deben ser respetados al menos en tanto no se dicte la norma reglamentaria que desarrolle la mencionada Disposición.

E) Redactor en una emisora de radio. Naturaleza laboral

La relación existente entre una emisora radiofónica y su redactor de la sección de deportes es de carácter laboral y no mercantil, por cuanto en el supuesto analizado concurrían todos los requisitos determinantes de la existencia de una relación laboral: utilización de material de la empresa en la prestación de los servicios, sometimiento al horario y los criterios generales de la empresa, percepción de una retribución fija, etc. Éste es el criterio seguido por la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2006, I.L. J 1060.

F) Provisión de plazas de personal del BOE mediante promoción interna

De conformidad con la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006, I.L. J 1116, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de las cuestiones relacionadas con los procedimientos de selección y provisión de plazas en organismos públicos. No obstante, si conforme al convenio colectivo aplicable la cobertura de esas plazas debe hacerse agotando previamente los mecanismos de promoción interna, debe entenderse que, en ese caso, la Administración actúa como empresario (en el supuesto analizado, el BOE). En consecuencia, las cuestiones relacionadas con dicha provisión de plazas competen al orden social.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Personal estatutario de la Seguridad Social

La STS de 9 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 596, determina que el personal estatutario que desempeñe su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado tiene una “relación funcionarial especial” regida por la normativa administrativa y de naturaleza, por tanto, administrativa. En consecuencia, se concluye por el TS que el orden competente para conocer de litigios surgidos entre este personal y la institución en cuestión es el contencioso-administrativo. Este mismo criterio es el que siguen las SSTs de 5 y 20 de junio de 2006, I.L. J 946 y 959, ambas dictadas por la Sala Cuarta.

B) Repercusión de IVA

La STS de 15 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 597, analiza un supuesto en que los trabajadores perciben un determinado volumen de suministro eléctrico como parte de su remuneración en especie, de forma gratuita o, en todo caso, a un precio inferior al del mercado. La Administración reclamó a la empresa el pago de la repercusión del IVA calculado conforme al valor de mercado, por lo que la empresa procedió a deducir esas cantidades de las nóminas de los trabajadores o por medio de “un recibo específico”, medida frente a la que éstos reclaman. El TS considera que, si bien el orden social es competente para conocer de esta reclamación, no lo es para determinar si se pueden o no descontar las cantidades mediante un recibo aparte “(...) en cuanto que tal declaración supone prejuzgar la naturaleza (...)” del IVA, materia que corresponde al ámbito tributario.

C) Socio y trabajador. Naturaleza mercantil

La STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2006, I.L. J 621, estima la incompetencia del orden jurisdiccional social en un supuesto en que el actor había sido socio de la empresa hasta el momento de presentación de la demanda y, además, había formado parte del Consejo de Administración de la sociedad; tras cesar en dicho cargo pasó a ejercer funciones de representación y dirección conforme a poderes otorgados por el Administrador Único y mancomunadamente con él. Durante todo este tiempo, el actor ostentó, asimismo, la condición de trabajador. A pesar de ello, el Tribunal estima que el vínculo entre las partes es de naturaleza mercantil, por lo que la competencia del orden jurisdiccional social queda excluida.

D) Provisión de puestos de trabajo por organismos públicos

La STS de 30 de mayo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 908, reitera la doctrina seguida por la Sala (entre otras, en SSTs de 19 de noviembre de 2001, 20 de septiembre de 2002 y 16 de mayo de 2003), de conformidad con la cual, la competencia para conocer de litigios surgidos por la provisión de puestos de trabajo por los organismos públicos (por ejemplo, en relación con incumplimientos en las listas de espera para proveer dichos puestos), corresponde al orden contencioso-administrativo. Ello es así por cuanto quien selecciona al personal es una entidad de naturaleza administrativa que actúa conforme a normas administrativas y con carácter previo a la constitución del vínculo laboral. Además, el Tribunal señala que estamos ante meras expectativas de derecho, por lo que no cabe hablar de precontrato, lo que sí podría quedar incluido en el ámbito laboral.

E) Guía turístico y agencia de viajes. Carácter mercantil de la relación

La STSJ de Baleares de 20 de marzo de 2006, I.L. J 1111, declara que la relación existente entre una agencia de viajes y un guía turístico es de carácter mercantil y no laboral. El TSJ fundamenta su decisión principalmente en el hecho de que ni el guía tenía la obligación de aceptar el trabajo que la agencia le ofrecía, ni ésta tenía la obligación de hacer dicho

ofrecimiento, por lo que no se da la nota de dependencia. Por otra parte, a juicio del TSJ tampoco concurre la nota de no concurrencia, ya que el guía podía prestar servicios para otras agencias.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. FALTA DE ACREDITACIÓN DEL ACTO DE CONCILIACIÓN. ARCHIVO DE LA DEMANDA

La STC 122/2006, de 24 de abril (recurso de amparo 4130/2002), I.L. J 646, declara que la decisión de archivo por no haber subsanado en plazo la falta de acreditación de la celebración del acto de conciliación obligatorio no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora. En este supuesto, se había presentado demanda ante el Juzgado de lo Social sin aportar la citada acreditación y, a pesar de haber sido debidamente requerida la actora a tal efecto, no cumplió dicho requisito, por lo que el Juzgado procedió a archivar el procedimiento. Frente a dicho archivo, la trabajadora interpuso recurso de reposición aportando en ese momento la certificación requerida. No obstante, el TC considera que la trabajadora no actuó con la diligencia suficiente y que el archivo del procedimiento fue imputable únicamente a la recurrente.

5. DEMANDA

A) Disparidad con la papeleta de conciliación

La STC 127/2006, de 24 de abril (recurso de amparo 6778/2002), I.L. J 648, establece que no existe disparidad entre lo solicitado en la papeleta de conciliación y en la posterior demanda, en un caso en el que el trabajador se queja del cambio de funciones sufrido y pretende la reposición en su puesto originario, aunque fuera sólo en el escrito de demanda cuando hizo referencia a la existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, término jurídico este que no fue utilizado en la papeleta de conciliación. Por ello, se concede el amparo solicitado, al entender que el Juzgador le negó injustificadamente su derecho de acceso al proceso.

B) Reconvención

La STS de 31 de mayo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 901, establece la diferencia conceptual existente entre la mera oposición a la demanda y la reconvención, ya que, en virtud de esta última, el demandado no se limita a pedir no ser condenado, sino que, pasando de la defensa al ataque, solicita la condena del actor principal, introduciendo una nueva pretensión diferente de la mera petición de absolución y que contiene pedimentos independientes susceptibles de haber sido objeto de otro proceso distinto.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STS de 5 de diciembre de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 754, establece que el plazo de tres meses fijado en el artículo 293 LOPJ para la solicitud de reconocimiento de error judicial es un plazo de caducidad y que, por tanto, y al tratarse de un plazo sustantivo, los días del mes de agosto son hábiles a estos efectos. Por su parte, la **STS de 21 de junio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 990, reitera la doctrina recientemente unificada en relación con los efectos que debe producir, en el cómputo del plazo de 20 días para accionar contra despido, la declaración de inhabilidad de los sábados a efectos procesales desde la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 182 LOPJ. Concluye el Tribunal que los sábados han pasado a ser días inhábiles en el orden social de la jurisdicción, a todos los efectos, incluido el del ejercicio de la acción de despido tanto para actos preparatorios (conciliación y reclamación previas) como para la presentación de la demanda de despido.

B) Cosa juzgada

Existe el efecto positivo de la cosa juzgada entre una sentencia que condena solidariamente a una empresa en virtud de la existencia de un grupo de empresas en un proceso por resolución de contrato, y un pleito posterior en el que se alega también esa misma responsabilidad del grupo, aunque sea en una reclamación de salarios. Así lo ha apreciado la **STS de 28 de abril de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 654. Por su parte, la **STS de 6 de junio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 963, se inclina por reconocer eficacia de cosa juzgada a las resoluciones meramente procesales que ponen fin al proceso, pero en el bien entendido de que si las sentencias se pronuncian sólo sobre la falta de un presupuesto procesal, a tal extremo ha de delimitarse el efecto de la cosa juzgada, de tal forma que, si el defecto ha sido corregido, nada impide la entrada en el fondo del asunto en un segundo proceso. Por otro lado, la **STS de 13 de junio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 983, aprecia el efecto positivo de cosa juzgada en relación con la declaración de la contingencia determinante de una incapacidad permanente cuando en un pleito anterior ya se había establecido cuál era esa contingencia en la incapacidad temporal, aunque en ese primer pleito la cuestión discutida fuera exclusivamente la reclamación de las prestaciones correspondientes a dicha incapacidad temporal.

C) Litisconsorcio pasivo necesario

En un supuesto de reclamación sobre acoso laboral, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006**, I.L. J 832, no entiende necesario para tener bien constituida la relación jurídico-procesal, el tener que demandar al trabajador o trabajadores que puedan ser causantes de aquél por su actitud, y todo ello, tal y como ha manifestado de modo expreso la doctrina unificada.

D) Inadecuación de procedimiento

Con cita de anteriores sentencias, la **STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006**, I.L. J 801, establece que la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo, a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET. Por ello, sólo en ese supuesto será obligada su impugnación por la modalidad del artículo 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad del artículo 59.4 ET. No es adecuado el procedimiento de conflicto colectivo para sustanciar un procedimiento en el que (i) no se concretaba a los trabajadores afectados, ya que se incluía simplemente una genérica referencia al “personal obrero expuesto a ruido” y (ii) existía un interés divisible que reside en el grupo de forma diferenciada, según su nivel de exposición al ruido y, por ello, susceptible de individualización; así lo ha estimado la **STSJ de Cantabria de 7 de abril de 2006**, I.L. J 816. Por otra parte, la **STS de 25 de mayo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 900, indica que el procedimiento de conflicto colectivo no es adecuado para impugnar cualesquiera decisiones o prácticas de empresa relativas a un concurso de adjudicación de plazas y, en particular, no lo es para las decisiones adoptadas una vez se ha publicado la lista de adjudicatarios, aunque se trate de una lista provisional. Por ello, una vez se ha producido la adjudicación de plazas a determinados trabajadores, los adjudicatarios son portadores de un interés jurídico tutelable que no se puede defender por el cauce del conflicto colectivo, restringido en el artículo 152 LPL a sujetos dotados de tal condición colectiva. La **SAN de 26 de marzo de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1077, declara que la modalidad procesal de impugnación de oficio de convenios colectivos prevista en el Capítulo IX LPL no es adecuada para combatir un convenio colectivo extraestatutario, pues se trata de un cauce reservado exclusivamente para la impugnación de los convenios colectivos regulados en el Título III ET. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 1087, afirma que el proceso especial de tutela de derechos fundamentales es adecuado para accionar por quienes constituyeron la candidatura a las elecciones internas de secretario provincial y comité ejecutivo de un sindicato, cuando la nulidad de tal proceso electoral se solicita por considerar infringido el principio de igualdad consagrado en la CE. Por último, la **STSJ de Navarra de 7 de marzo de 2006**, I.L. J 1112, considera que la modalidad procesal de conflicto colectivo es idónea para tramitar una demanda en la que la empresa solicita la declaración de nulidad del preaviso electoral realizado por los sindicatos demandados, al entender que existe una situación conflictiva que afecta a intereses generales de los trabajadores.

E) Prescripción

La **STS de 27 de abril de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 675, analiza la posible prescripción de la facultad de movilización de los derechos consolidados de unos trabajadores en el sistema de previsión social de su antigua empresa. El TS concluye que tal facultad de movilización es un derecho limitado o subordinado, anexo a los derechos consolidados, atribuida al partícipe o ex partícipe para facilitar el uso de tales derechos. Por ello, debido a dicha subordinación funcional, el Tribunal entiende que la facultad de movilización no prescribe mientras se mantengan vivos los derechos consolidados, sin que sean de aplicación, por tanto, los plazos de prescripción de los artículos 59.1 ET y 43.1 LGSS. La

STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2006, I.L. J 783, afirma que el inicio de un proceso de conflicto colectivo no interrumpe el plazo de prescripción respecto de las posteriores reclamaciones individuales que versen sobre la misma materia, si en dicho proceso de conflicto colectivo se estimó la excepción de inadecuación del procedimiento. Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de marzo de 2006**, I.L. J 791, recuerda que la excepción material de prescripción sólo puede apreciarse si el favorecido por ella expresamente la alega y acredita, de tal forma que su falta de alegación por la administración demandada al resolver en vía administrativa la petición objeto del proceso, impide también su alegación en el seno del posterior proceso judicial, pues la introducción de esta excepción por primera vez en el acto del juicio es sorpresiva para el actor y le causa indefensión. La **STS de 25 de mayo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 912, analiza la posibilidad de impugnar un convenio colectivo cuya vigencia inicial había expirado, pero que resultaba aplicable en situación de ultractividad. El Tribunal recuerda que no existe norma alguna que establezca un plazo cierto durante el cual pueda pretenderse la nulidad de un convenio colectivo, por cuya razón se ha venido mayoritariamente entendiendo que todo el período de vigencia del pacto es hábil para solicitar su anulación. Por lo tanto, el TS considera que, estando todavía vigente el convenio colectivo en el momento de su impugnación, aunque en situación de *ultraactividad*, cabe su impugnación y no procede estimar la excepción de prescripción alegada.

F) Falta de legitimación activa

La **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2006**, I.L. J 1079, afirma que es suficiente para que conste la voluntad mayoritaria del comité de empresa, a efectos de interponer un conflicto colectivo, la existencia de una autorización de la mayoría de sus miembros, ya que aunque no figuran sus nombres ni sus DNI, sí constan sus firmas, sin que se haya puesto en duda su autenticidad.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA

En un incidente de no readmisión, el trabajador despedido tiene la carga de probar la existencia de otros puestos y vacantes en los que debía ser readmitido tal y como éste alega. Así lo entiende la **STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2006**, I.L. J 1106, aunque a la misma se formula Voto Particular.

8. SENTENCIA

A) Incongruencia. Inexistencia

Resulta interesante el apartado 4 del Fundamento de Derecho 1º de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 776, en el que se razona sobre el vicio

de incongruencia –que no aprecia la sentencia– con cita de doctrina constitucional y de casación: “(...) El vicio de incongruencia (...) no es sino el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido (...) Ahora bien, tal acaecimiento se produce [indefensión] excepcionalmente cuando el desenfoque entre las peticiones y la decisión es tal que da como resultado una modificación sustancial del planteamiento originario del debate, pronunciándose un fallo extraño a las recíprocas pretensiones de las partes (...)”. Tampoco existe incongruencia según la **STS de 22 de mayo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 905, en un supuesto en el que se da una desestimación tácita de la pretensión, cuando “(...) materialmente hay un argumento en la lógica de la sentencia (...)” que es aplicable a esa pretensión que la parte considera imprejuizada. En parecido sentido se pronuncia la **STS de 5 de mayo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 899, al analizar la alegación de incongruencia omisiva: no existe cuando la motivación de la sentencia, aunque sucinta, es suficientemente indicativa y da a conocer las razones del fallo. Tampoco existe incongruencia en un supuesto en el que la sentencia no ha motivado específicamente las peticiones accesorias, ya que no se ha derivado indefensión alguna para los accionantes. Así lo entiende la **STS de 5 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1021.

B) Hechos probados

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de marzo de 2006**, I.L. J 794, no admite que la valoración o conclusión jurídica derivada de la interpretación de un convenio colectivo esté incluida en el relato fáctico de la sentencia como hecho probado, debiendo ser reconducida a los fundamentos de derecho. Lo contrario supondría privar a las Salas de Suplicación y Casación de toda posibilidad de aplicar el derecho al caso.

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Exención

a) Error excusable

La **STSJ de Murcia de 27 de febrero de 2006**, I.L. J 608, aplica por analogía la doctrina de error excusable al amparo del artículo 122.3 LPL al supuesto de consignación judicial de la indemnización por despido improcedente. Estima la Sala de Suplicación que “(...) es excusable el error de escasa cuantía (...) o por discrepancia jurídica razonable sobre los elementos necesarios para el cálculo, mientras que es inexcusable el incumplimiento ostensible, que arroja una diferencia notable y desproporcionada en la cuantía o la ausencia de toda explicación o justificación en la fijación de una cuantía inferior a la legal (...)”. Por ello, en el caso analizado, se declara el efecto legal de interrupción en el devengo de los salarios de tramitación, al ser discutible la naturaleza salarial de ciertos elementos en especie a los efectos del cálculo que se discute. También la **STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2006**, I.L. J 1107, declara error excusable en el cálculo de una indemnización por despido y a efectos del devengo de los salarios de tramitación. El actor mantenía con la empresa dos relaciones, una de naturaleza laboral y otra de agencia –situación que ha

sido declarada ya compatible por el TS—, siendo el objeto de discusión a efectos del salario regulador para el cálculo de la indemnización las comisiones que percibía como agente. Además, se había producido un error de cuantía no sustancial por el efecto de un prorrateo, que el TSJ entiende es a su vez excusable por ser la diferencia poco apreciable. Sin embargo, la **STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 1091, considera que no existe un error excusable a los efectos que interesan, y ello por cuanto (i) la cuantía depositada fue muy inferior a la que realmente se adeudaba en concepto de indemnización, y (ii) esa diferencia no podía fundamentarse en la existencia de elementos o conceptos a computar que, por su dificultad jurídica, pudieran dar lugar a discrepancias razonables.

b) Requisitos

Ante la patente falta de comunicación por parte de la empresa al empleado, a efectos de manifestarle el reconocimiento de la improcedencia del despido e indicarle que se había realizado la consignación, la **STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2006**, I.L. J 639, declara que dicha consignación no puede surtir los efectos del artículo 56 ET y por tanto se devengan los salarios de tramitación. Sin embargo, la **STS de 30 de mayo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 870, entiende que la comunicación al trabajador a través del Juzgado realizada antes del acto de conciliación cumple la finalidad de la norma a efectos de exonerar del pago de los salarios de tramitación. De otro lado, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2006**, I.L. J 779, condena al pago de los salarios de tramitación por cuanto el ofrecimiento que hizo el empresario comprendía la cantidad de saldo y finiquito. Según razona el Tribunal, la oferta empresarial a la que se refiere el artículo 56 ET exige suficiente claridad para que el trabajador sea capaz de aceptarla o rechazarla, “(...) deviniendo contraria a tal exigencia una oferta condicionada a la aceptación del saldo y finiquito de la relación laboral (...)”. La realización de varios depósitos judiciales con cuantías indemnizatorias erróneas supone un “(...) goteo de cumplimiento-incumplimiento que denota en apariencia unos errores encadenados (...) no se ha producido la efectiva consignación total acertada y coincidente (...)”. Así lo ha entendido la **STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006**, I.L. J 1097.

c) Abono mediante transferencia

La **STSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 1100, admite la exención del devengo de los salarios de tramitación en un supuesto en el que el abono de la indemnización por despido improcedente se realizó mediante transferencia bancaria y no mediante el depósito judicial que establece el artículo 56 ET. Y llega a esta conclusión el Tribunal de Suplicación porque, en este supuesto, el trabajador no discutía la cuantía de la indemnización y fue el mismo quien pidió que se le transfiriera el importe correspondiente.

B) Incapacidad Temporal

Con cita de las SSTs de 11 de febrero de 2003 y 6 de julio de 2005, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006**, I.L. J 833, reitera la doctrina de que no se devengan

salarios de tramitación si su devengo coincide en el tiempo con la situación de incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por tal contingencia. Y ello, por cuanto la situación de IT suspende la obligación de trabajar y de remunerar el trabajo.

10. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La STS de 24 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 695, afirma que la afectación general regulada en el artículo 189.1.b) LPL debe entenderse como una situación de conflicto generalizado que puede ser apreciada por el Juez, y que puede existir con una determinada cuestión, aunque no se hayan incoado muchos procesos judiciales en relación con la misma. Asimismo, esta sentencia señala que la notoriedad regulada en el artículo 189.1.b) LPL no puede ser la “notoriedad absoluta y general” establecida en el artículo 282.4 LEC, sino que, a efectos del artículo 189.1.b) LPL, basta la apreciación de la misma por el Juzgado o Tribunal encargado del enjuiciamiento, correspondiendo dicha apreciación al Juez de lo Social y, al tratarse de una materia de competencia funcional, a las Salas de lo Social de los TTSSJ, en vía de suplicación, y a la Sala de lo Social del TS, en unificación de doctrina. En este mismo sentido se pronuncia la STS de 24 de mayo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 742. Por otra parte, la STS de 26 de junio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 958, entiende que no procede inadmitir un recurso de suplicación por imperativo de lo previsto en el artículo 189.1.b) LPL cuando la cuestión enjuiciada posee un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes procesales, siendo esta circunstancia alegada en el acto del juicio y recogida en la sentencia de instancia. Añade la STS de 29 de junio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 993, que la alegación de afectación general de una materia no requiere la invocación de una sentencia de contraste, pues la cuestión del acceso a la suplicación por razón de la cuantía puede ser examinada de oficio, aunque no concurra la contradicción, al ser ésta una materia que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional.

b) Resoluciones recurribles. Autos

Afirma la STS de 11 de mayo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 718, que son recurribles en suplicación los autos que pongan fin, en la instancia, a los incidentes declarativos que puedan suscitarse en el ámbito del proceso de ejecución laboral y, en especial, los autos resolutorios de las cuestiones tramitadas como tercerías.

B) Modificación de hechos probados

La STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006, I.L. J 803, manifiesta, a tal efecto, que no cabe sustituir las afirmaciones fácticas incluidas en los fundamentos jurídicos de una sentencia, sino que ha de solicitarse la adición al relato fáctico de un nuevo hecho

probado. La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de abril de 2006, I.L. J 850, añade que no son medios hábiles para la revisión de hechos probados las pruebas de confesión y testifical practicadas en el acto del juicio. Por su parte, la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1097, recuerda que la revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación.

11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La STS de 24 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 652, declara que carecen de contenido casacional para la unificación de doctrina aquellos recursos interpuestos contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada y reiterada por el TS. Asimismo, la STS de 8 de junio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 980, destaca la inexistencia de interés casacional en unificación de doctrina respecto de la calificación de conductas en materia de despido disciplinario, ante la dificultad de apreciar las identidades fácticas que impone el artículo 217 LPL.

B) Contradicción. Requisitos

Las SSTS de 10 de mayo y de 22 de junio de 2006, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 737 y 995, respectivamente, afirman que el requisito de la contradicción de sentencias exige que las resoluciones que se comparen contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales. Aunque no se exija una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

C) Escrito de interposición

En las STSS de 29 de noviembre de 2005 y de 8 de junio y de 12 de julio de 2006, todas ellas de la Sala Cuarta, I.L. J 752, 978 y 1023, respectivamente, se declara que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. De este modo la parte recurrente debe establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción, mediante una argumentación y un examen que sean suficientes para ofrecer a la parte recurrida y a la Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, de sus fundamentos y del objeto de las pretensiones.

12. RECURSO DE CASACIÓN

A) Modificación de hechos probados

Declara la STS de 22 de mayo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 905, que el acta de un juicio no es prueba documental hábil para que se revisen hechos probados en casación.

B) Infracción legal

La STS de 8 de mayo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 707, afirma que el recurso de casación debe fundamentarse en la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Así, en la presente sentencia, el TS desestima el recurso de casación por fundamentarse en la infracción de cláusulas de pactos colectivos, carentes de vigor normativo.

13. RECURSO DE REVISIÓN

A) Caducidad

La STS de 30 de mayo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 888, expresa la necesidad de que el demandante en revisión fije y acredite con precisión la fecha en la que tuvo conocimiento de la causa de revisión que alega, a efectos del cómputo del plazo de caducidad. En este supuesto, el TS desestima el recurso de revisión por entender que la acción se encontraba caducada por haber transcurrido el plazo de tres meses regulado en el artículo 512.2 LEC. El TS adopta esta decisión por considerar que desde la fecha reflejada en los documentos en los que se fundamentaba el recurso hasta la presentación del mismo habían transcurrido más de tres meses, no habiendo acreditado el demandante la fecha concreta en la que tuvo conocimiento de los mencionados documentos.

B) Documentos que habilitan el recurso

La STS de 30 de mayo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 884, resume la doctrina jurisprudencial que determina los requisitos para que los “documentos recobrados” puedan sustentar la pretensión revisora: (i) que se trate de documentos que ya existían en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, y no aquellos que son posteriores o sobrevenidos a ella; (ii) que los mismos hayan sido retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado el fallo impugnado, y (iii) que sean decisivos, esto es, que su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento. Tras este resumen, el TS desestima el recurso de revisión interpuesto por entender que el certificado de cotizaciones que se pretende calificar como “documento recobrado” podía haber sido obtenido con anterioridad a la sentencia y que, en ningún caso, el INSS o la TGSS habrían retenido dicho certificado.

14. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA JUDICIAL

La STC 168/2006, de 5 de junio (recurso de amparo 3458/2003), I.L. J 924, declara válidamente agotada la vía judicial previa en un supuesto en el que el recurrente en amparo interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina, aun cuando éste fuera inadmitido por falta de contradicción entre las sentencias contrastadas y, también, por falta de contenido casacional. Razona el Tribunal, frente a la objeción planteada por el Abogado del Estado, que dicha situación no significa que el recurrente haya dejado de impugnar en vía judicial la *ratio decidendi* de la resolución recurrida en amparo y, en consecuencia, rechaza que concurra una falta de agotamiento de la vía judicial previa. A su vez, la STC 227/2006, de 17 de julio (recurso de amparo 4881/2002), I.L. J 1018, estima el válido agotamiento de la vía judicial ordinaria. En este supuesto, no se había interpuesto recurso de casación para la unificación de la doctrina, precisamente por no concurrir los requisitos de admisión sobre identidad y contradicción, entendiendo el TC que ello determina que “(...) su interposición no resulte siempre preceptiva para dar por agotada la vía judicial, siendo únicamente exigible, a los efectos de la subsidiariedad del amparo, cuando no quiepa duda respecto de su procedencia (...)”.

15. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. INCIDENTE DE NO READMISIÓN

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de abril de 2006, I.L. J 850, niega que la readmisión de un trabajador despedido improcedentemente se produzca de manera irregular cuando, tras su incorporación, el empresario varía levemente su horario de trabajo. Por su parte, la STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2006, I.L. J 1106, considera regular la readmisión de un trabajador en un centro de trabajo que dista 50 kilómetros de donde el trabajador prestaba sus servicios antes de ser despedido. La Sala afirma que en este supuesto no existe readmisión irregular ya que la empresa no pudo materialmente readmitir al trabajador en las mismas condiciones que éste disfrutaba anteriormente, debido a que la empresa había perdido la contrata de servicios de vigilancia del centro de trabajo donde el empleado trabajaba antes de ser despedido.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
PAZ DE LA IGLESIA ANDRÉS
ÁLVARO NAVARRO CUÉLLAR
SERGIO PONCE RODRÍGUEZ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

1. Derecho comunitario. A) Ordenación de tiempo de trabajo y seguridad y salud de los trabajadores: Disfrute de vacaciones en años posteriores. B) Incumplimientos de la Directiva 89/391/CE por la República de Austria. **2. La responsabilidad empresarial por daños y perjuicios.** A) Competencia de la Jurisdicción social. B) Diligencia exigible: Conforme a las circunstancias del trabajo realizado. C) Exoneración de responsabilidad: causa ajena al trabajo. D) Incumplimiento de normativa preventiva: Exposición continuada al asbesto. **3. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.** A) Gravedad de la falta: Criterios de calificación. B) Relación de causalidad. C) Responsabilidad solidaria de empresa contratista y subcontratista: Promotor de obra. D) Incumplimiento de medidas de seguridad: Reconocimiento médico obligatorio. E) Prescripción.

1. DERECHO COMUNITARIO

A) Ordenación de tiempo de trabajo y seguridad y salud de los trabajadores: Disfrute de vacaciones en años posteriores

La STJCE de 6 de abril de 2006, I.L. J 285, aborda la interpretación del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/104/CE (en versión modificada por la Directiva 2000/34/CE), relativa al alcance del derecho de vacaciones, y da respuesta a la cuestión prejudicial formulada sobre si se opone a dicho artículo “que una disposición nacional permita, durante la vigencia del contrato, que los días de vacaciones anuales, en el sentido de la Directiva, no disfrutados en un año determinado se sustituyan por una indemnización económica en un año posterior”. La sentencia toma como hilo argumental la seguridad y la salud de los trabajadores, ya que las vacaciones “tienen por objeto garantizar una mejor protección” y su efecto positivo para la seguridad y salud “se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso”, pero, añade que “este tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período

posterior” y, en el caso de que “se disfruten en años posteriores” también contribuyen a la seguridad y salud del trabajador, si bien se establece como límite, de acuerdo con la Directiva, la compensación económica de las vacaciones mínimas transferidas, que sólo es posible en el caso que concluya la relación laboral. En resumen, la Directiva no impide que puedan disfrutarse las vacaciones en años posteriores pero sí prohíbe su compensación económica.

Dado el carácter mínimo de la normativa comunitaria y su proyección sobre la seguridad y la salud de los trabajadores, esta interpretación no choca con el carácter anual reconocido a las vacaciones en nuestro ordenamiento, que implica la prohibición de transferir o acumular las correspondientes a varios años, puesto que, como reconoce el propio Tribunal de Luxemburgo, el efecto sobre la seguridad y la salud se despliega plenamente en el año de su disfrute, por lo que la normativa española elevaría, así, el nivel de protección.

B) Incumplimientos de la Directiva 89/391/CE por la República de Austria

La **STJCE de 6 de abril 2006**, I.L. J 286, se pronuncia sobre una serie de incumplimientos imputados por la Comisión a la República de Austria en la adaptación de la Directiva 89/391/CEE a su derecho interno. Sobre algunos de ellos, se limita a constar el incumplimiento por expiración del plazo para su adopción, en cambio, realiza una serie de consideraciones al abordar la organización de la actividad preventiva y la designación de los trabajadores encargados de ésta; la designación de los encargados de las medidas de emergencia; la participación y consulta de los trabajadores en algunas materias y, por último, sobre determinados aspectos de equipos de protección individual y sustancias peligrosas, aunque por su relevancia doctrinal, sólo se destacan las dos primeras materias.

Por lo que se refiere a la organización de la actividad preventiva, la Comisión denuncia que la normativa austríaca permite la libre elección del empresario de recurrir a medios internos o ajenos para la prevención de riesgos en contra de lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Directiva marco. El Gobierno austríaco alega que la regulación adoptada es reflejo de la estructura del tejido productivo de su país, en un alto porcentaje pequeña empresa, como criterio que justifica la libre elección al empresario “para cubrir los casos excepcionales en los que, por circunstancias especiales, la empresa disponga de competencias internas suficientes para encomendar las tareas de prevención a personas empleadas en su propia empresa”. Es decir, lo excepcional es que la empresa tenga recursos propios. El TJCE reitera la doctrina de la jerarquía de las obligaciones del artículo 7 de la Directiva, que impone la preferencia de la designación de los trabajadores sobre el recurso a las competencias ajenas, que tienen carácter subsidiario. Se confirma, por tanto, la doctrina contenida en su Sentencia de 22 de mayo de 2003.

Por otro lado, la normativa austríaca excepciona la obligación de designar a trabajadores encargados de las medidas de emergencia a empresas de menos de cinco trabajadores. Según la sentencia esta normativa es contraria al artículo 8.2 de la Directiva marco, ya que

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

éste no limita ni excepciona la obligación de designar a los encargados de adoptar dichas medidas por “el carácter de las actividades o el tamaño de la empresa y/o el establecimiento”, pues dicha restricción es contraria al propio objetivo de la Directiva y produce una reducción no prevista de su ámbito de aplicación a las empresas de mayor tamaño o que realicen determinadas actividades. Antes, al contrario, el artículo 8.2 “establece, pues, una medida obligatoria” para todas las empresas con independencia de su tamaño o actividad.

2. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Competencia de la Jurisdicción social

La STS de 26 de enero de 2006, dictada en Sala General, I.L. J 67, enjuicia el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid que en suplicación declaró la incompetencia de la jurisdicción social y que tiene como base fáctica los hechos vinculados a la reclamación en la instancia de la cantidad exigida por el trabajador al empresario ante el Juzgado de lo Social para que éste le reembolsase las cantidades que abonó en concepto de responsable civil por ilícito penal sobre la base de un pacto convenido con el empleador. El trabajador, jefe de obra, fue condenado como autor de una falta de lesiones por imprudencia leve de un trabajador que sufrió un accidente de trabajo en la obra que dirigía y, a su vez, también fue condenado al pago de una indemnización como responsable civil directo, estableciendo la resolución judicial la responsabilidad subsidiaria de la empresa. La resolución del TSJ de Madrid entiende que al tratarse de la petición del reembolso “de la cantidad objeto de condena penal—responsabilidad civil del mismo— ello conlleva que haya de revocarse la sentencia de este orden jurisdiccional respecto a tal cuestión planteada”, declinando, por tanto, la competencia material. El TS parte en su argumentación de su doctrina de la pretensión única indemnizatoria en los accidentes de trabajo aunque esta pretensión tenga lugar en vías jurisdiccionales diferentes o procedimientos diversos, poniendo de relieve, además, que la competencia del orden jurisdiccional social no se ve afectada por que el trabajador haya utilizado la vía penal para resarcirse de los daños y perjuicios derivados de dicho accidente de trabajo. La STS, en definitiva, declara la competencia de la jurisdicción social puesto que parte de considerar que la pretensión civil no pierde procesalmente su naturaleza aunque se ejercite en el orden jurisdiccional penal y por ello concluye que “la cuestión planteada entre el trabajador—declarado responsable civil directo, como consecuencia de su responsabilidad penal— y el empleador—declarado en la vía penal responsable civil subsidiario en virtud del contrato de trabajo que le une al trabajador infractor— sobre quién debe pagar los daños nacidos del ilícito penal, derivan del contrato de trabajo, y por tanto su conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral”.

Ahora bien, el TS parece ir más lejos, pues reconocida la competencia de la jurisdicción social parece cuestionarse quién debe responder del accidente. A tal efecto, la STS parte de la doctrina del ilícito laboral y de la responsabilidad laboral que genera dicho ilícito y del incumplimiento contractual surgido “dentro de la órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial”, para concluir que “la cuestión de quién debe soportar la

indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, debe considerarse como surgida dentro del contenido del contrato de trabajo”, argumento que refuerza la competencia del orden jurisdiccional social.

B) Diligencia exigible: Conforme a las circunstancias del trabajo realizado

La STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2006, I.L. J 156, resuelve en suplicación la pretensión desestimada por la instancia relativa a la reclamación de daños y perjuicios de los causahabientes del trabajador fallecido en accidente de trabajo. Éste se produjo como consecuencia del izado de una pieza mediante puente grúa y sujeta con un estrobo de cadenas de cuatro ramales cuyos ganchos carecían de pestillo de seguridad, si bien la grúa y los ganchos estaban homologados y contaban con declaración de conformidad. La sentencia del Juzgado de lo Social considera que no se habían infringido normas de seguridad sobre la base del informe de la Inspección de Trabajo en el que constaba que ninguna de las empresas concurrentes había incurrido en falta de medidas de seguridad. Por su parte, el informe del Centro de Seguridad y Salud emitido determinaba la necesidad de sustituir los ganchos de los ramales por otros con pestillo de seguridad, sustitución que se produjo tras el accidente, aunque con anterioridad no constituían normas de seguridad de obligado cumplimiento en la empresa ni estaban contempladas en el plan de seguridad de la empleadora. No obstante, la STSJ de Cantabria considera que “el accidente se produjo porque no se utilizó la diligencia exigible con las circunstancias del trabajo, ni del lugar en que se desarrollaba, en el que propio fallecido en absoluto tuvo intervención activa en la dirección de la obra, sino meramente pasiva, encontrándose ya retirado del propio lugar cuando se produjo”. Pese a no tener carácter normativo la adopción de equipos con pestillos de seguridad antes del accidente, el órgano jurisdiccional exige el despliegue de una diligencia superior, pues, considera que la utilización de los ganchos sin esos dispositivos de seguridad constituyen la causa eficiente del accidente y, en consecuencia, determinante de la responsabilidad empresarial.

C) Exoneración de responsabilidad: causa ajena al trabajo

La STSJ de Extremadura de 25 de enero de 2006, I.L. J 330, exonera de responsabilidad al empresario de las resultas del accidente de trabajo sufrido por el trabajador con ocasión de las lesiones producidas por unos atracadores en la gasolinera en la que prestaba sus servicios. La resolución judicial restringe la responsabilidad del empresario al incumplimiento de la normativa laboral y el hecho de que la tienda de la gasolinera no tuviera determinadas medidas para evitar que se empotrara el vehículo y se perpetrara el robo no constituye una omisión de medidas de seguridad impuestas normativamente. Pese a la alegación del trabajador recurrente de incumplir la Ley de prevención de riesgos laborales y el RD 486/1997, de seguridad y salud en los lugares de trabajo, el órgano judicial considera que la causación del daño no se ha producido por su utilización “sino por una circunstancia ajena al trabajo mismo en lo que, al contrario de lo que alega el recurrente, puede entenderse que estamos ante un caso fortuito (...), aunque pudiera ser previsible,

es difícilmente evitable salvo que exigiéramos a la empresa unas medidas exorbitantes de seguridad”.

D) Incumplimiento de normativa preventiva: Exposición continuada al asbesto

Una de las consecuencias de los riesgos de los nuevos materiales incorporados al proceso productivo es el efecto diferido que sobre la salud puede provocar su utilización. La exposición al amianto o asbesto es un claro ejemplo y ha sido objeto de análisis por la **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2006**, I.L. J 423, al enjuiciar en suplicación la desestimación por la instancia de la demanda formulada sobre reclamación de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo. El trabajador vinculado a la empresa Uralita, SA, desde 1966 desempeñó su actividad hasta 1986 en el centro de trabajo donde se fabricaban tubos de fibrocemento compuestos por cemento y fibra de amianto. En el año 2002 fue declarado afecto de invalidez permanente, en grado de absoluta, derivada de enfermedad profesional por un “mesotelionia pleural infiltrante” que le causó la muerte. La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda de la viuda del trabajador fallecido al considerar que no había habido un incumplimiento por parte de la empresa ya que en relación con las mediciones y las concentraciones ambientales ésta se ajustó a la normativa, actuando con la debida diligencia ante la falta de normativa específica y ajustándose a las prescripciones contenidas en la regulación específica de trabajo con amianto a partir de 1982. El TSJ de Cataluña valora el período de exposición entre 1966 y 1986 realizando dos tipos de consideraciones: una sobre el conocimiento de los efectos de la exposición al amianto, ya que la empresa alegó que no se tenía conocimiento de las consecuencias en las décadas de 1970-1980 y, otra, sobre la existencia de normativa preventiva que obligaba a la empresa a adoptar medidas preventivas con anterioridad a la regulación específica.

En relación con el conocimiento de los efectos del amianto sobre la salud del trabajador, la sentencia argumenta sobre la existencia de estudios de la comunidad científica desde la segunda mitad del siglo XX que advertían del riesgo de cáncer y su constancia como enfermedad profesional desde 1961 e introduce un dato normativo: el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos a mujeres y menores, en el que se prohíben trabajos con esta sustancia por tratarse de “polvos nocivos” en lugares de trabajo donde se desprenden libremente. La resolución judicial considera, igualmente, que Uralita, SA, no adoptó medidas preventivas hasta 1977, año en que el Instituto Territorial de Seguridad e Higiene emitió un informe en el que se le hacía una serie de recomendaciones a la empresa en orden a la limpieza del centro y de las prendas de trabajo, eliminación de residuos y controles ambientales, informe que también refleja “importantes deficiencias en la línea de tubos (punto C 3 del informe) indicando que la causa de contaminación es el barrido con escoba, las fibras de amianto depositadas en el suelo y las ropas del operario y que las vibraciones de las máquinas, las corrientes de aire y el tránsito de personas puede hacer pasar al ambiente, se habla de la utilización de sacos de yute (porosos) y el apilado de los vacíos y finalmente trata también del vertido”. De ahí, que la empresa al no dotar a los trabajadores de elementos de protección, pese a que “puso en marcha a partir de 1977, un conjunto de medidas técnicas destinadas a analizar y reducir los riesgos derivados de

la exposición de los trabajadores al amianto, no es menos cierto que en el período previo a la regulación específica de la prevención de riesgos del amianto (hasta 1982), no cumplió con las normas referidas a las condiciones en que se debían realizar dichos trabajos, normas vigentes desde el punto de vista específico como el genérico deber de velar por la salud de los trabajadores”, contenidas en el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940, primero, y en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971, después. Finalmente, la sentencia razona sobre el incumplimiento de la empresa de mantener al trabajador en su puesto de trabajo hasta 1986 y no trasladarlo a otro puesto de trabajo exento de riesgo. Argumentos que, en definitiva, sirven para imputar la responsabilidad de los daños y perjuicios a la empresa.

3. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Gravedad de la falta: Criterios de calificación

La determinación de la cuantía del recargo de prestaciones está en función de la gravedad de la conducta del empresario incumplidor de las medidas de seguridad o gravedad de la falta. La **STSJ de Castilla y León de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 343, parte del criterio legal para fijar el porcentaje aplicable al recargo de prestaciones y se señala que no hay “precepto alguno en las normas de seguridad social, reguladoras del recargo de prestaciones que establezca los parámetros a seguir para calificar la ‘gravedad’ de la falta”, acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 19 de enero de 1996) que prevé la aplicación del criterio de graduación de las sanciones en materia de prevención de riesgos, por lo que la STSJ recurre a la vigente regulación contenida en el artículo 39.3 de la LISOS para, atendidas las concretas circunstancias, calificar la conducta empresarial de grave y rechazar que la conducta de otro trabajador y del propio accidentado intervinieran en el resultado dañoso. Como consecuencia de dicha calificación, la sentencia señala que “no es adecuado la imposición del recargo en su grado inferior –30%– sino en su grado medio –40%–, que se adecua a la gravedad de la falta cometida”.

B) Relación de causalidad

La caída de un trabajador desde un andamio debido al riesgo de altura y las particulares circunstancias en que se produjo el accidente constituyen el núcleo básico de decisión de la **STS de 16 de enero de 2006**, I.L. J 12, que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la procedencia del recargo de prestaciones. La sentencia que resuelve el recurso de suplicación entiende que al desconocerse el modo en que se produjo la caída no se puede establecer la relación de causalidad entre ausencia de medidas de seguridad y el accidente de trabajo, aunque dicha sentencia no cuestiona que el andamio incumpliese la normativa preventiva al estar colocado de forma inadecuada ni estuviese prevista la utilización por el trabajador del correspondiente cinturón de seguridad –con

una clara infracción de las medidas de seguridad— y que tampoco en la instancia se probara que el trabajador incumpliera las instrucciones para no subirse al andamio. El TS, reiterando su propia doctrina, considera que el principio de presunción de inocencia no rige “en la esfera civil-laboral de incumplimientos contractuales del deber de seguridad asumido por el empleador” para exonerar de responsabilidad al empresario cuando se ha acreditado la relación de causalidad, por lo que concluye que puede establecerse dicha relación de causalidad a través de “indicios razonables suficientes para estimar que este cúmulo de irregularidades fue el desencadenante de la caída del operario”, con el límite del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Un supuesto en el que se rechaza la existencia de accidente fortuito por intervención de un tercer trabajador es el enjuiciado por la **STSJ de Cantabria de 9 de febrero de 2006**, I.L. J 570. El trabajador accidentado y otro trabajador de mantenimiento realizaban labores de mantenimiento y preparación de una máquina antigua de trabajar la madera y sin marcado CE que había sido adquirida recientemente por la empresa. Finalizadas las operaciones de engrasado y equilibrado de los cabezales y para comprobar si funcionaba, el trabajador de mantenimiento realizó un montaje inadecuado del portacuchillas (sólo lo sujetó con cuatro de los catorce tornillos que tenía y no colocó el resguardo que cubría los cabezales) que al poner en marcha la máquina y por efecto de las vibraciones provocó que aquél saltase alcanzando al trabajador accidentado. La sentencia rechaza la existencia de caso fortuito ya que hubo un “descuidado proceder del responsable de mantenimiento designado por la empresa” que fue la causa del accidente y ésta al designar al trabajador de mantenimiento “había infringido sus deberes de salvaguarda de la integridad física de sus trabajadores, bien por culpa *in eligendo* si no era conocedora de la negligente forma de actuar de su encargado, bien por culpa *in vigilando* si, conociéndola, la toleró”. Concluye, así, que la empresa incumplió las disposiciones generales de la LPRL y las particulares del anexo II, apartado 9, del RD 1215/1997, sobre equipos de trabajo.

C) Responsabilidad solidaria de empresa contratista y subcontratista: Promotor de obra

Producido un accidente de trabajo mortal en una obra de construcción, el INSS inició expediente de recargo de prestaciones contra la empresa constructora en la que prestaba sus servicios el trabajador fallecido y contra la empresa promotora que encargó la ejecución de la obra. La Entidad Gestora resuelve imponer solidariamente a ambas empresas un recargo del cincuenta por ciento de las prestaciones. La empresa promotora impugnó la resolución del INSS ante la instancia y, después, ante el TSJ de Cataluña que, por **STSJ de 11 de enero de 2006**, I.L. J 428, desestimó el recurso y confirmó la sentencia. Esta resolución parte de la concurrencia de actividades del artículo 24.1 LPRL y del desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 1627/1997 que, en el marco de las obras de construcción, impone al promotor una serie de obligaciones. Señala que entre las obligaciones de la promotora “se encontraba en la fase de redacción del proyecto, de elaboración de un estudio de seguridad y salud, siquiera fuese un estudio básico de seguridad, lo que no consta, por lo que existe una responsabilidad del empresario principal, o promotor, ante la ausencia de dicho plan de seguridad”. Incumplimiento que es para el Tribunal determinante de la infracción que justifica la imposición del recargo. El hecho

de que el recargo se imponga a un trabajador que no presta servicios para la empresa promotora lo resuelve la sentencia a partir de considerarla como “empresa principal que infringe normas de seguridad laboral relevantes en la producción del accidente sufrido por el trabajador de una contrata suya sea o no de la misma actividad” siendo relevante “que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la principal y dentro de su esfera de responsabilidad” rechazando, así, la alegación de la empresa recurrente de no tratarse de empresas de la misma actividad.

D) Incumplimiento de medidas de seguridad: Reconocimiento médico obligatorio

Por la Inspección de Trabajo se inició procedimiento de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, como consecuencia de la enfermedad profesional sufrida por un trabajador debido al contacto permanente con harinas, cereales y enzimas. Expediente que finalizó con resolución de la Entidad Gestora imponiendo a la empresa dicha responsabilidad que impugnó en la instancia y, después, en suplicación, recurso que fue resuelto por la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 548. El trabajador sufrió una exposición al riesgo durante trescientos meses que le causó asma bronquial ocupacional, sin que hubiera sido objeto de reconocimiento médico desde su ingreso en la empresa hasta la baja que motivó la declaración de invalidez. Frente a la alegación de la recurrente de considerar que la vigilancia periódica de la salud del artículo 22.1 LPRL depende de la propia voluntad del trabajador y que puede negarse al reconocimiento médico que la empresa pueda programar, la resolución judicial señala que durante todo ese tiempo el trabajador “no tuvo ninguna oportunidad de ejercer su derecho a aceptar o no los reconocimientos o exámenes médicos tendentes al control periódico de su salud”, además, es obligación de la empresa “proporcionar todos los medios necesarios para que tal vigilancia resultase efectiva (...) sin que fuera él (trabajador) quien tuviera que reclamarlos a su empleador, por lo que mal cabe desplazar al trabajador una obligación que sólo incumbía a la parte recurrente”.

E) Prescripción

La **STS de 9 de febrero de 2006**, I.L. J 243, aborda una cuestión procesal atinente a la prescripción del recargo de prestaciones y la fijación del *dies a quo* o día inicial del cómputo del plazo prescriptivo. La particular naturaleza jurídica del recargo y su carácter resarcitorio cuya compensación “no la recibe el Estado, inmediato perjudicado, por la conculcación de su ordenamiento, sino quienes han recibido sobre sí el segundo grado de consecuencias, el *damnum*” exige trasladar el *dies a quo* de la fecha del accidente para amoldarlo “a los objetos que le servirán de medida, es decir, a las prestaciones cuya cuantía se va a ver mejorada”. De ahí que la imposición del recargo dependa del reconocimiento de las prestaciones, por ello concluye, en línea con una doctrina anterior, que el día inicial del cómputo es “a contar desde la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

La STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2006, I.L. J 547, enjuicia la imposición de recargo de prestaciones a la empresa por un accidente que se produjo en marzo de 1992 y que presenta una singularidad en el iter procedimental. El fallecimiento del trabajador motivó la intervención de la Inspección de Trabajo en mayo de dicho año e inició expediente administrativo de responsabilidad empresarial, siguiéndose, igualmente, procedimiento penal que terminó con Sentencia de 10 de febrero de 1995 y la consiguiente paralización del expediente sancionador. Notificada la sentencia a la Administración laboral el 24 de abril de 1998, ésta dictó resolución por la que se imponía una sanción a la empresa, que fue recurrida en vía contencioso-administrativa y anulada por Sentencia de 9 de mayo de 2002 por prescripción del hecho infractor. La Administración laboral notificó a la Dirección Provincial del INSS de Sevilla la anulación del acta de infracción con fecha 26 de enero de 2004, dictando resolución en expediente de recargo de prestaciones de 26 de marzo de 2004 y declarando la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad. Por otro lado, consta en la sentencia que hubo dos requerimientos de la Entidad Gestora a la Autoridad laboral en 1992 y uno en 1993, no dirigiéndose de nuevo hasta el 17 de noviembre de 2003.

La recurrente en suplicación, como hiciera en la instancia, alega la prescripción del recargo, así como la caducidad del expediente o procedimiento administrativo del que trae causa la resolución del INSS impugnada en la instancia. El TSJ rechaza la caducidad y acoge el primer motivo relativo a la prescripción alegada, ya que la recurrente entiende que desde que se dictó la sentencia penal en 1995 hasta que en 2004 se dictó la resolución por la Entidad Gestora se ha superado el plazo de cinco años de prescripción, mientras que el Juzgado de lo Social consideró que la prescripción quedó interrumpida por la impugnación de sanción en vía administrativa y, posteriormente, en sede contencioso-administrativa. La STSJ parte de la consideración de que el recargo de prestaciones y la sanción administrativa “son dos figuras independientes que gozan de sustantividad propia” con procedimientos distintos y alcance también diferente, conforme a doctrina del TS, cuya coexistencia no comporta necesariamente la vulneración del principio *non bis in idem*. A partir de esta premisa, la resolución judicial considera “que no existe razón legal para que todo el tiempo que duró el procedimiento de impugnación de la sanción impuesta (...) sirviera también para mantener interrumpido el plazo de prescripción de la facultad de acordar dicho recargo” y que el vigente artículo 43.2 LGSS (anterior artículo 54.2) “no autoriza a considerar interrumpido el plazo prescriptivo de la facultad de imponer el recargo de prestaciones” con fundamento en las impugnaciones de la sanción administrativa, pues la referencia normativa al “expediente que pueda tramitar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ‘en relación con el caso de que se trate’, se está refiriendo (...) a aquel expediente al que se anude la decisión a tomar en cada caso”, es decir, a la iniciación del recargo y no al expediente sancionador.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTIN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

W. SANGUINETI RAYMOND

**Los empresarios y el conflicto laboral.
(Del cierre a la defensa de la producción)**

[Valencia, Tirant lo blanch, 2006, 266 páginas]

PATRICIA NIETO ROJAS

Los empresarios y el conflicto laboral. (Del cierre a la defensa de la producción) es la nueva obra del profesor SANGUINETI que aborda de manera magistral uno de los temas menos transitados de las relaciones colectivas de trabajo, las medidas empresariales de conflicto colectivo. Desde la ya lejana promulgación del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo y el posterior pronunciamiento constitucional sobre la ilicitud del cierre patronal como medida ofensiva de presión empresarial –STC 11/1981–, la reacción de los empresarios ante las situaciones de confrontación colectiva ha variado sustancialmente: en apenas dos décadas, han transitado desde una posición de resistencia pasiva frente a las medidas de presión puestas en marcha por los trabajadores, matizada de forma esporádica por algún cierre patronal dirigido a poner freno a acciones de conflicto ilícitas o a reducir las consecuencias de determinadas huelgas particularmente nocivas, hacia una postura mucho más activa.

Los cambios acaecidos en las organizaciones productivas y las exigencias impuestas por el mercado explican, en parte, esta transformación; a principios de los ochenta, en un contexto productivo de corte *fordista*, los empresarios afrontaban las consecuencias de la huelga mediante la resistencia pasiva a las demandas sindicales y un desgaste de

los huelguistas, conscientes de que podían responder a las demandas del mercado con el *stock* disponible. Pero, la intensificación de la competencia ha aumentado su vulnerabilidad ante las paralizaciones en la producción; hecho que ha propiciado la emergencia de una batería de formas inéditas de resistencia patronal, en su mayor parte no previstas ni tipificadas por norma alguna, todas las cuales apuntan hacia el mismo objetivo: asegurar el mantenimiento de la actividad productiva a pesar de la convocatoria de una huelga por parte de su personal. Identifica el profesor SANGUINETI más de treinta comportamientos empresariales tendentes todos a mitigar o minimizar los efectos perniciosos de una convocatoria de huelga: desde actuaciones de claro propósito disuasorio a otros mecanismos que, si bien admiten la realización de la huelga, intentan neutralizar sus efectos mediante la anticipación de trabajos, el desvío de la producción hacia otros centros de trabajo o hacia otras empresas del mismo grupo, la sustitución de la prestación de los huelguistas por otros de carácter indirecto o incluso “virtual”. Su claro carácter instrumental y la singular problemática jurídica planteada por este tipo de prácticas, a través de las cuales no se incide de forma directa sobre ninguno de los componentes del comportamiento huelguístico, han determinado la existencia de puntos de vista contrapuestos en torno a su licitud, divididos entre quienes defienden que estas prácticas son formas legítimas de autodefensa empresarial, que no afectan, de ningún modo, a la integridad del derecho de huelga hasta la de aquellos que las consideran como prácticas abiertamente contrarias al mismo.

Se presenta en este instante el “nudo gordiano” de la investigación: confrontar, de un lado, la conflictividad empresarial “realmente existente” con el conjunto de preceptos que dentro de nuestro ordenamiento constitucional establecen los márgenes dentro de los cuales puede ésta desenvolverse lícitamente y, de otro,

los límites entre el poder de autotutela reconocido a los trabajadores a través del derecho de huelga y el paralelo reconocimiento constitucional de las medidas de conflicto colectivo adoptadas por los empresarios, cuya virtualidad no tiene por qué entenderse exclusivamente circunscrita al cierre patronal. Este análisis constituye, en palabras del autor, “una tarea ineludible si se quiere ofrecer una visión acabada de la arquitectura del marco de regulación de las relaciones colectivas de trabajo ofrecidas por la norma fundamental”.

A partir de un exhaustivo análisis jurisprudencial, el profesor SANGUINETI clarifica los márgenes existentes entre las medidas de autotutela sindical y patronal dentro del actual sistema constitucional. El “peligroso desequilibrio del esquema de partida relativo a la tutela de los intereses en juego en las relaciones de trabajo”, como magistralmente muestra el profesor PALOMEQUE en el prólogo de esta obra, exige una ponderación de ambos derechos, que si bien constitucionalmente reconocidos, lo fueron con distinta intensidad, de ahí que el legítimo empleo de medidas de conflicto colectivo por los empresarios quede sujeto al límite genérico de los derechos de libertad sindical, huelga y negociación de los trabajadores.

El reconocimiento por el TC de la huelga como “instrumento de presión constitucionalmente protegido” prohíbe cualquier actuación empresarial que neutralice las consecuencias de su ejercicio e implica, en palabras del autor: “que las medidas de reacción frente a los daños causados por el ejercicio lícito del derecho de huelga deben ser consideradas, sin matizaciones de ningún tipo, contrarias a éste; en tanto que las que se opongan a los derivados de su uso irregular constituyen formas lícitas de expresión del derecho de defensa de los empresarios en los conflictos”. Ahora bien, contrasta esta afirmación con la doctrina sostenida por el TS que se mantiene anclado en la idea de que la única limitación que el ejercicio del derecho de huelga es capaz de imponer a los poderes empresariales es la que deriva de la imposibilidad de sustituir a unos trabajadores por otros.

Es importante advertir, de todas formas, que en la base de esta actitud hostil frente a cualquier límite al ejercicio de las prerrogativas empresariales que no se encuentre consagrado como tal de forma expresa se sitúa la lógica del sistema de regulación del ejercicio de los derechos de conflicto imperante en la actualidad, claramente determinado por una opción legislativa que ha dejado en los jueces la tarea de determinar los límites al ejercicio del derecho de huelga a través de la adopción de una tipificación abierta de los supuestos de abuso del mismo. Esta sorprendente encomienda constituye, sin duda, el auténtico “talón de Aquiles” de todo el sistema. Por ello, incide SANGUINETI en la necesidad de abordar de manera integral los efectos de estos nuevos comportamientos empresariales, instando a la formulación de un debate amplio que garantice la eficacia del derecho de huelga.

Concluimos aplaudiendo la aparición de esta obra que, sin lugar a dudas, se convertirá en una referencia básica para el Derecho del Trabajo, especialmente en lo atinente al estudio de los márgenes constitucionales entre las acciones de conflicto puestas en marcha por los trabajadores y empresarios dentro del actual sistema constitucional.

J.A. BAZ TEJEDOR

La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso del trabajo

[Lex Nova, Valladolid, diciembre 2006, 361 páginas]

LEX NOVA

Como consecuencia del Estado de Derecho, las garantías jurisdiccionales reactivas son la piedra angular que evitan las consolidaciones de atentados a las libertades constitucionales, convirtiendo éstas en reales y efectivas. Éste es el caso del procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución Española. Su integración en el ámbito del proceso de trabajo —a través de la modalidad procesal de los artículos 175

a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral— permite otorgar, mediante un reconocimiento normativo tardío y deficiente, una tutela judicial específica para amparar los derechos fundamentales, pues la celebración de un contrato de trabajo no priva al trabajador de éstos. Así, se establecen por vía legislativa unas peculiaridades técnicas, aunque rodeadas de importantes dificultades interpretativas, con operaciones remisorias que provocan desajustes y disfunciones, además de una serie de inconvenientes derivados del modelo dualista adoptado que diversifica peligrosamente la tutela de estos derechos.

Éste es el apasionante escenario institucional sobre el que José Antonio BAZ TEJEDOR dirige su perspicaz mirada crítica en las páginas de la presente monografía, en la que, además de proyectarse hacia un foro academicista en cuanto analiza y propone una construcción teórico-técnica de un modelo monista de amparo, inevitablemente produce un impacto en la esfera práctica, interesando, en buena medida, a todos los operadores jurídicos en su labor litigiosa cotidiana, máxime cuando se trata de invocar en juicio la tutela de bienes jurídicos de tan alta estima.

Las reflexiones por tanto giran en torno a las dificultades de delimitación del objeto procesal y a una propuesta que permita atender debidamente a la situación de desigualdad real en la que se encuentra el trabajador en la relación de trabajo, que favorezca la accesibilidad, la celeridad, y elimine los problemas de diversificación, suprimiendo la duplicidad de trámites y los costes procesales.

Esta monografía pretende no sólo agotarse en la mera descripción, cotejando el cumplimiento por la ley procesal laboral de los requisitos mínimos acogidos en el artículo 53.2 de la Constitución Española, preferencia y sumariedad, con su significado, alcance y margen de la maniobra otorgado a favor de la labor legislativa; sino que el provechoso funcionamiento de esta tutela judicial específica precisa tener en cuenta la íntima conexión existente entre normas sustantivas y procesales laborales, pues éstas responden a una

misma finalidad compensadora que constituye, definitivamente, el proceso civil. El examen conjunto de estas afirmaciones habilita para entrar en el terreno valorativo, emitiendo el correspondiente dictamen al respecto, destacándose que no sólo resulta una rápida respuesta judicial para el derecho que dejó de estar incólume, sino que también ha de ser adecuada en atención a la realidad jurídica material que se lleva al proceso.

La escasez de estudios publicados hasta la fecha acerca de estas cuestiones, además de la relevancia indudable de las mismas en aras de fundamentar el Estado Social y democrático de Derecho, hacen de esta obra una aportación trascendental al estudio de esta materia siendo una obra modélica por su excepcional rigor.

F. J. LLANEZA ÁLVAREZ

Ergonomía y psicopsicología aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 7ª edición, Valladolid, diciembre 2006, 554 páginas]

LEX NOVA

Con la presente monografía, que ya alcanza su séptima edición, se pretende incorporar más herramientas y nuevos casos prácticos que ayuden al futuro ergónomo y le sirvan de argumentos para contribuir al logro de empresas responsables y sanas. Se intenta crear una nueva cultura donde se realice una eficaz prevención de las enfermedades musculoesqueléticas, se plantee de forma integral la reducción del absentismo, el aumento de la satisfacción en el trabajo o la salvaguarda de los principios éticos en el entorno laboral.

Este manual para la formación cumple con la misión de ayudar a reflexionar y a cambiar algunas situaciones laborales desde el análisis de la actividad de trabajo tanto por quienes están más directamente implicados

en la protección de la seguridad y la salud como por quienes desde la máxima responsabilidad empresarial deben competir día a día por la supervivencia de su organización.

El libro comienza con una introducción y definición de la Ergonomía, relacionándola con los diversos campos de aplicación, como la arquitectura, el transporte, el diseño de productos y la justicia, estableciendo, además, los métodos de análisis de las condiciones de trabajo.

El ambiente físico es abordado con proyección no sólo sobre el propio trabajador sino también respecto al desempeño de la actividad profesional, analizándose aspectos como la Ergoacústica y los efectos del ruido, el ambiente climático o la iluminación. Asimismo, se incluye el análisis del diseño de puestos y espacios de trabajo, ya que el ergónomo, como ingeniero del factor humano, ha de contribuir a crear espacios de trabajo adaptados a los hombres.

Los factores de riesgo psicosociales existen, no están en la mente del trabajador, forman parte de las condiciones de trabajo y deben estar en la evaluación de riesgos. Es por lo que se hace especial hincapié en el estudio de la carga mental y el estrés, con descripción de los tipos específicos, como el producido por el acoso psicológico en el trabajo, el síndrome del “quemado” o las diversas patologías de índole psicosocial como, por ejemplo, la adicción al trabajo, el acoso sexual o la violencia en el entorno laboral.

Este libro es un instrumento básico para quienes realicen los estudios conducentes al título de preventivistas de nivel superior en esta especialidad, y también para quienes desde el campo preventivo o desde fuera sientan un especial interés por la Ergonomía y Psicosociología y puedan comprender el potencial de dominio y utilidad de una disciplina que estudia la actividad humana y en particular la actividad laboral.

La séptima edición de este manual para la formación de especialistas es aún más didáctica, ya que, junto a

la explicación teórica, se incorporan cuestionarios de autoevaluación y numerosos ejemplos explicativos y gráficos que ayudan al lector a comprender mejor la materia. Un CD-ROM con normativa y documentación complementaria que permite acceder a contenidos gratuitos *on line* sobre los contenidos del libro completa la obra. De esta forma, el libro se convierte en un excelente instrumento para cursar esta especialidad.

VVAA

Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2006, 251 páginas]

LEX NOVA

El debate sobre la inmigración en el ámbito comunitario y su relación con el desarrollo está adquiriendo cada día más importancia. Como resultado de una amplia investigación, efectuada durante varios años por los cualificados profesores que firman este libro, se estudia la relación entre inmigración y empleo como una de las características más relevantes que afectan a la nueva realidad económica y social del mundo.

Los autores abordan el marco normativo internacional (en especial la Convención de la ONU de 1990), la política comunitaria (del período de Tampere al programa de La Haya) y, finalmente, un riguroso análisis de la normativa española más reciente, sin olvidar las nuevas competencias autonómicas y locales.

El libro se estructura en cuatro capítulos: “Consideraciones generales sobre la inmigración”, que muestra la percepción actual de la inmigración a nivel social, sindical y

respecto de las políticas migratorias; “Análisis de la normativa internacional sobre inmigración y que afecta al empleo de los inmigrantes”, que trata la normativa de las Naciones Unidas y la de la Organización Internacional del Trabajo; “Estudio del marco jurídico europeo de la inmigración y su vinculación con el mercado de trabajo”, que analiza las políticas migratorias europeas, el control de los flujos migratorios y el Programa de La Haya, entre otras cuestiones. El último capítulo se titula “La regulación de la inmigración y de la política de empleo en España”, que se ocupa del marco jurídico-laboral vigente en España en relación con la extranjería. Para terminar, se presenta una recapitulación final y las conclusiones.

Esta obra está dirigida a todos los estudiosos del derecho de extranjería, así como a los profesionales del Derecho o de otros sectores que habitualmente trabajen con inmigrantes y que conozcan de cerca la problemática que, con frecuencia, se produce en el binomio inmigrantes-trabajo.

VVAA

Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. Parte obligatoria y común del programa formativo del nivel superior

[Lex Nova, 7ª edición, Valladolid, octubre 2006, 1216 páginas]

LEX NOVA

La virtud principal de la obra, que en un solo volumen ofrece al lector todos los aspectos formativos fundamentales sobre la materia de prevención de riesgos en el trabajo, es la de presentar una estructura paralela al programa de formación para el desempeño de las funciones de nivel superior que se establecen en el Reglamento de Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero), siendo en la actualidad uno de los pocos manuales que sigue con absoluta fidelidad el citado programa.

Por ello, seis años después de la primera edición de este libro y tras la generosa acogida de las sucesivas ediciones, se presenta ahora la séptima edición en la que, además de las obligadas actualizaciones normativas y técnicas, se han podido acrecentar sensiblemente los contenidos, añadiendo nuevos apartados.

El elenco de autores que han elaborado la obra (todos ellos de reconocido prestigio y con sobrada experiencia profesional como inspectores de trabajo, técnicos de prevención, expertos en medicina del trabajo o en ergonomía y psicología aplicada) estructuran la monografía en seis temas a lo largo de los cuales desarrollan los contenidos buscando la coincidencia lógica con su especialización laboral y formativa. De este modo, en los primeros tres apartados se contienen los fundamentos de las técnicas de mejora de las condiciones de trabajo, así como las técnicas de prevención de riesgos laborales —seguridad en el trabajo, higiene industrial, medicina en el trabajo y ergonomía— o cualesquiera otras actuaciones en materia preventiva.

Asimismo, en los últimos temas del libro se abordan otros aspectos fundamentales, como la gestión de la propia prevención (planificación, organización, economía, etc.); técnicas afines, como, por ejemplo, la calidad, el medio ambiente o la prevención de riesgos patrimoniales, y, por último, el ámbito jurídico en el que se enmarca la prevención y la legislación básica española sobre el asunto.

Aparte de lo anterior, merece especial mención la inclusión en cada apartado de resúmenes recordatorios y cuestionarios para la autoevaluación de conocimientos cuyas soluciones se encuentran al final de la obra y, por otro lado, de un CD-ROM que posee la doble función de recoger normativa y documentación complementaria y posibilitar el acceso a la información contenida en la página web www.lexnova.es/prevencion.

En resumidas cuentas, todo el conjunto de la monografía pone de relieve que estamos en presencia de uno de los manuales para la formación de técnicos

de prevención de riesgos laborales más completos y mejor estructurados, como así lo demuestra el hecho de que alcance con ésta su sexta edición, más aún si se tiene en cuenta el sector al que van dirigidas sus lecciones.

A. BENAVIDES VICO

Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2006, 704 páginas]

LEX NOVA

La Seguridad Social es, sin duda, una de las instituciones más próximas al ciudadano, en un modelo de sociedad donde, sin sus mecanismos de protección, difícilmente se podrían haber alcanzado los niveles de cohesión social existentes. Constituyendo una pieza básica dentro del sector público, su repercusión económica, social y política ha resultado vital como origen y núcleo esencial del denominado Estado de Bienestar (cuando un ciudadano normal sale a la calle va psicológicamente acompañado por la Seguridad Social) siendo por tal motivo considerado éste como uno de los derechos a la par que una de las reivindicaciones que los ciudadanos sienten con más intensidad.

Durante la última década, la Seguridad Social en España ha pasado de una situación financiera negativa que planteaba serias dudas de futuro sobre su mantenimiento y viabilidad a una situación de superávit financiero, y donde, además de equilibrarse en términos financieros el sistema, se han introducido significativas mejoras en muchas prestaciones (maternidad, riesgo durante el embarazo, viudedad, orfandad,

jubilación), y todo ello junto a la constitución y dotación de un fondo de reserva.

Con esta publicación, desde un punto de vista analítico, pero sin descuidar los aspectos formativos, se intenta facilitar el conocimiento de la Seguridad Social y servir de herramienta de consulta, tanto a los profesionales en el ámbito sociolaboral, como a los alumnos en el estudio de esta disciplina, intentando recopilar de una forma estructurada y práctica los aspectos más relevantes de la acción protectora, analizando el conjunto de prestaciones que otorga nuestra Seguridad Social, su regulación normativa, características, particularidades y los criterios administrativos de las Entidades Gestoras.

Todo ello acompañado de un compendio de la jurisprudencia más significativa, que permite conocer en profundidad cada una de ellas, tanto en el Régimen General, como en los regímenes especiales. Se incluye, asimismo, el análisis de las previsibles medidas de referencia que en distintas prestaciones se producirán en un futuro inmediato en base al Acuerdo de Reforma de la Seguridad Social firmado por el Gobierno y los agentes sociales el 13 de julio de 2006.

Esta obra se divide en ocho capítulos: I. La acción protectora en el sistema de la Seguridad Social. II. Las prestaciones del sistema de Seguridad Social. III. Las prestaciones de la Seguridad Social en el marco de la Unión Europea. IV. Las prestaciones en el Régimen General. V. Las prestaciones no contributivas. VI. Los regímenes especiales de la Seguridad Social. VII. El futuro sistema público de Seguridad Social en España. VIII. Acuerdo para la reforma de la Seguridad Social.

Por último, para completar el contenido del libro, se han incorporado dos apartados más: Anexos (cuadros de pensiones, IPC, lista de enfermedades profesionales, etc.) y Modelos (de solicitud de prestaciones).

VVAA

Economía social y cooperativismo

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2006, 704 páginas]

LEX NOVA

En el proceso de construcción de una Europa unida, la economía social debe jugar un papel relevante para asegurar que el crecimiento económico venga acompañado de los imprescindibles objetivos sociales, de tal forma que pueda caminar hacia una sociedad europea totalmente equilibrada y cohesionada. Así, la aparición del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en los últimos años es prueba del interés de los Estados miembros en fomentar este tipo de trabajo, que permite que los trabajadores puedan acceder a los medios de producción.

La principal característica de una empresa de economía social —cooperativas, sociedades laborales, mutualidades, etc.— no es el tipo de actividad al que se dedican, sino las técnicas de actuación que utilizan; es decir, a diferencia de las empresas capitalistas, estas sociedades se basan en los principios de solidaridad, autonomía y participación democrática, donde las relaciones entre los socios se fundan en criterios de igualdad y solidaridad frente a los objetivos económicos y de aumento de beneficio que priman en las sociedades capitalistas. Aquí, los trabajadores se convierten en empresarios y su principal aportación es, precisamente, su propio trabajo.

Así, el contenido del libro persigue que el lector pueda resolver todas las dudas que se le generen, pues analiza todas aquellas cuestiones relevantes no sólo para aquel que por primera vez se acerca a esta realidad, sino también para aquellos otros que tanto desde el punto de vista doctrinal, como judicial y, sobre todo, profesional, conviven con estas

fórmulas de actividad económica. Por lo tanto, para conseguir la difusión y fomento de este tipo de sociedades, objetivo prioritario de los autores, la elaboración de este libro se puede convertir en un referente en nuestro país, ya que escasas son las iniciativas que en este sentido son llevadas a cabo.

El libro se divide en seis apartados bien diferenciados, que analizan minuciosamente en distintos temas la cuestión de que se ocupan: I. El ámbito de la economía social. II. La empresa social: la empresa cooperativa. III. Poderes públicos y economía social. IV. Otras empresas de economía social. V. Experiencias legislativas: el caso italiano. VI. Anexo (bibliografía y jurisprudencia).

Es necesario resaltar la importancia de este libro en su ámbito, porque ofrece, por primera vez, un análisis muy completo de estas instituciones, desde un punto de vista jurídico y económico; aportando la experiencia práctica de organismos como, por ejemplo, el Grupo Mondragón y la implicación de las diversas Administraciones Públicas. Todo ello, con la opinión de prestigiosos autores, la participación de importantes juristas, economistas y profesores vinculados a la Economía Social, no sólo de nuestro país, y una exhaustiva recopilación de bibliografía y jurisprudencia.

VVAA

Manual para la formación del auditor en prevención de riesgos laborales. Aplicaciones y casos prácticos

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2006, 748 páginas]

LEX NOVA

La prevención de riesgos laborales constituye una rama del conocimiento que ha de ser al mismo tiempo teórica y empírica. Pocas cosas más empíricas y observables que la siniestralidad laboral, la que podríamos conceptualizar como la cara amarga de la prevención de riesgos laborales. Esto, teoría y

empirismo y teoría y experiencia, lo conocen bien los autores que suscriben el presente manual, por sus dilatadas carreras profesionales, dedicadas en buena parte al estudio, investigación, experimentación y mejora de la prevención de riesgos laborales, desde los tiempos en los que esta disciplina, hoy consolidada, aún no gozaba de la importancia actual.

Sin duda, ello constituye suficiente aval a la hora de abordar con garantías el tema de la Auditoría en Prevención de Riesgos Laborales, cuyos perfiles aún difusos hacen urgentes y necesarios estudios como el que ahora se presenta, para hacer que la figura del auditor en prevención de riesgos laborales cobre el protagonismo fundamental que tiene como elemento de cierre del sistema de prevención de riesgos laborales.

La especie de moratoria tácita con que se contemplaron desde la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ha tenido que ver con la falta de definición precisa de los ámbitos objetivos y subjetivos de las auditorías. El esfuerzo de los autores se ha dirigido a la tarea de solucionar ese retraso. Este hecho permite que temas de una innegable complejidad y de una cierta esperanza teórica sean abordados de una manera que resulta, además de rigurosa en su tratamiento, pedagógica y atractiva en su exposición.

Con la modificación incorporada por el RD 604/2006, de 19 de mayo, en el Capítulo V ("Auditorías") del Reglamento de los Servicios de Prevención, se ha visto más reforzado el papel de aquéllas, con un desarrollo extenso y una regulación que aborda definiciones, plazos y contenidos del plan de auditoría.

En este manual, que toma como referencia la citada reforma normativa, se analiza el contenido, la metodología y el procedimiento a seguir en el desarrollo de una auditoría del sistema de gestión de prevención de riesgos laborales. Su principal objetivo es constituir una eficaz y práctica herramienta de estudio, consulta y trabajo para todos aquellos preventivistas interesados en adquirir la formación necesaria para ejercer profesionalmente como auditores del sistema

de gestión de prevención de riesgos laborales y en conocer las distintas técnicas auditoras.

El manual se divide en cuatro grandes temas, que desarrollan exhaustivamente la materia de las auditorías: Tema 1. Auditorías de prevención de riesgos laborales. Análisis y consideraciones previas. Tema 2. Estudios de la auditoría del sistema de gestión de prevención de riesgos laborales. Tema 3. Actuaciones oficiales: auditorías de control. Tema 4. Documentación práctica. Cada tema cuenta con un cuestionario de autoevaluación y las correspondientes soluciones, para que el lector pueda comprobar el nivel de conocimientos adquiridos.

Para completar su carácter práctico, el libro incluye un CD-ROM que contiene una aplicación para cumplimentar fichas de verificación y emitir planes e informes de auditoría; asimismo, integra la posibilidad de que el propio usuario pueda personalizar la aplicación con un programa de mantenimiento, en función de las necesidades de cada caso.

VVAA

Manual para la formación en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico

[Lex Nova, 4ª edición, Valladolid, noviembre 2006, 424 páginas]

LEX NOVA

Esta obra, que alcanza su cuarta edición, ha sido realizada por un equipo de profesores universitarios de los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Granada, Jaén y Málaga, coordinados por el profesor José M^a. VIÑAS ARMADA. Su principal objetivo es ser un instrumento adecuado para la formación preventiva, dando respuesta, por un lado, al programa oficial para el desempeño de las funciones de nivel básico, conforme

al anexo IV del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero; y, por otro, a los descriptores de la materia troncal “Seguridad en el trabajo” de los planes de estudio que conducen al título universitario de Diplomado en Relaciones Laborales. Incluye el tratamiento específico de la prevención en el ámbito de la Administración Pública.

El presente manual se divide en diez temas, cada uno de los cuales analiza una concreta cuestión dentro del tema general a tratar: desde las nociones generales hasta los asuntos más específicos de la materia.

Concretamente, las cuestiones de las que se ocupa son las siguientes: “Nociones y principios básicos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, “Nociones básicas sobre seguridad y salud laboral”, “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, “La organización administrativa de la prevención de riesgos laborales”, “La organización de la prevención de riesgos laborales dentro de la empresa”, “La representación de los trabajadores”, “La figura del empresario: obligaciones”, “La figura del empresario (II): responsabilidades y sanciones”, “Derechos y obligaciones de los trabajadores” y, finalmente, “La protección de colectivos especiales de trabajadores”.

Cabe destacar que en cada capítulo se incluye un cuestionario para la autoevaluación, así como diversos anexos que conforman la vertiente práctica de esta obra a la hora de abordar las diversas materias: primeros auxilios, plan de prevención, auditorías, formación, etc.

Todo lo dicho la convierte en una obra fundamental que resume, sintetiza e interpreta las bases de esta materia, sin renunciar a un contrastado rigor científico, en beneficio de la comprensión de sus lectores.

El manual está dirigido a los alumnos que se inician en la complicada materia de la prevención de riesgos laborales.

F. MENÉNDEZ DÍEZ

Higiene industrial. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 5ª edición, Valladolid, diciembre 2006, 628 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su quinta edición, representa una trabajada obra técnica, pionera en su género, la cual nos proporciona una explicación práctica de los supuestos tipificados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

MENÉNDEZ DÍEZ (cuyo quehacer académico en la materia es sobradamente conocido) aporta claridad de ideas a un ámbito tan complejo y de tan reciente eclosión como es la higiene industrial, con el único fin de alcanzar una mayor y más completa profesionalización del especialista. Esto lo lleva a cabo teniendo en cuenta la prácticamente nula conciencia social que sobre esta realidad ha habido hasta hace unos pocos años.

A lo largo de quince capítulos, este manual constituye una útil herramienta científica con el solo objeto de evitar, en la medida de lo posible, todo ese sinfín de experiencias negativas —a menudo con trágicos resultados— que se producen en el transcurso del desempeño de la profesión u oficio. Cada uno de los apartados en los que se desglosa el libro está íntegramente dedicado a un riesgo laboral en particular, examinando meticulosamente cualquier peligro, por pequeño e improbable que parezca, susceptible de producir un perjuicio para el trabajador. Dentro de este amplio abanico, se estudian desde los riesgos toxicológicos hasta los de última

generación –como son los referentes a la telefonía móvil–, pasando por los medioambientales, químicos, acústicos, biológicos o aquellos ocasionados por cualquier otro agente externo (vibraciones, iluminación, radiaciones, etc.)

Merece destacarse el perfecto modelo expositivo que ha seguido el autor en el desarrollo de la obra, ya que sus coherentes explicaciones se ven constantemente acompañadas de ejemplos, esquemas, gráficos, dibujos y fórmulas que facilitan, aún más si cabe, el entendimiento y la comprensión de los distintos supuestos contenidos en ella.

Todo el análisis que aquí se realiza pone de relieve que la seguridad y salud en el trabajo se ha erigido en uno de los fines constitucionales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, no recayendo tan sólo sobre la responsabilidad del trabajador sino tam-

bién sobre todas y cada una de las esferas sociales y consiguientes administraciones.

Estamos, pues, ante el instrumento adecuado para ser utilizado por todos aquellos técnicos en prevención que pretendan obtener la especialización en el área tratada, suponiendo, también, una guía orientada hacia el empleador o empresario acerca de la adecuación de su estructura profesional a los nuevos procesos industriales y crecientes exigencias del avance tecnológico de cara a la consecución de todos los fines preventivos.

En definitiva, ya el mero hecho de que sea ésta su quinta edición pone de manifiesto que nos encontramos ante un manual de una gran calidad práctica y muy valorado por los interesados, ya que viene a aportar una visión crítica y profunda de este campo tan relevante en el presente mundo laboral.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Laboral* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Laboral*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

